Das Eigentum an öffentlichen Gewässern in der Wassergesetzgebung

speziell in der bayerischen vom 23. März 1907.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Feil

aus Speyer a. Rh.

Rechtspraktikant am Kgl. Amtsgericht zu Speyer a. Rh.

ACAD. LUDW. MAT. BIBL.

Approbiert am 10. März 1910.

SPEYER.

H. Gilardone'sche Buchdruckerei (Inhaber L. Gross.)

1910.

Referent: Univ.-Professor Dr. Rieker.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543501_0113

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

Einteilung der Gewässer in öffentliche und nicht öffentliche.

I. Römisches Recht 1

II. Deutches Recht 3

III. Neuere Wassergesetzgebung 3

II. Teil.

Die Eigentumsverhältnisse an den Gewässern.

I. Allgemeines 6

II. Begriff des zivilrechtlichen Eigentumes 6

III. Die Eigentumsverhältnisse an Gewässern nach römischem Rechte 7

IV. Die Eigentumsverhältnisse an Gewässern nach deutschem Rechte 18

V. Die Eigentumsverhältnisse an Gewässern in der neueren Wassergesetzgebung 22

III. Teil.

Das Eigentum an den öffentlichen Gewässern in dem Wassergesetze des Königreiches Bayern vom 23. März 1907.

I. Rechtliche Natur des Eigentumes an den öffentlichen Gewässern.

A. Allgemeines 28

B. Die Theorie vom Eigentum im ziviirechtlichen Sinne . 33

C. Die Theorie vom öffentlich-rechtlichen Eigentum . . 40

D. Die Hoheitstheorie 60

E. Standpunkt der Praxis der bayerischen Gerichte inbezug auf das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern und Beurteilung dieses Standpunktes 66

II. Gegenstand des Eigentumes an öffentlichen Gewässern . . 70

A. Die Verlandung 74

B. Natürliche Veränderung des Flusslaufes 77

C. Inseln 79

D. Abriss 80

III. Begründung und Beendigung des Staatseigentumes an den öffentlichen Gewässern.

A. Begründung 82

B. Beendigung 85

Seite

IV. Aus dem Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern entspringende Rechte und Pflichten.
A. Rechte 86
B. Pflichten 89

V. Beschränkungen des staatlichen Eigentumes an öffentlichen Gewässern 90
A. Privatrechtliche Beschränkungen 91
B. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen 92

VI. Zuständigkeit zur Entscheidung über die Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Gewässer 97

Literaturverzeichnis.

Aron, Das Gesetz betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Elsass-Lothringen, Strassburg 1899.

Baron, Begriff und Bedeutung des privaten und öffentlichen Wasserlaufes nach alten und neuen Gesetzen, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 261 ff., II. S. 51 ff.

Die Baseler Teilungssache. Aarau 1834. (Anonym erschienen; Verfasser Friedrich Ludwig von Keller.)

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die Benützung der öffentlichen Gewässer, Verhandlungen der Württembergischen Kammer der Abgeordneten 1899, Beilagenband II S. 749 ff.

Begründung des Entwurfes eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der bayerischen Abgeordnetenkammer 1905/06, Beilagenband I S. 509 ff.

Begründung zu dem Entwurf eines Fischereigesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1907, Beilagenband I S. 340 ff.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechtes, 2 Bände, 1886, 1889.

Berchtold, Besprechung von 1) Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen; 2) Kappeler, Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes, in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XIII, S. 119 ff.

Bezzola, Über Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen mit spezieller Bezugnahme auf schweizerische Rechtszustände, Zürich. Diss. 1898.

Blätter für Rechtsanwendung Bd. XXII.

Börner, Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fliessenden Gewässer nach römischem und deutschem Rechte, Archiv für die zivilistische Praxis XXXVIII S. 149 ff., 359 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. I, Erlangen 1873.

Brückner, Das deutsche Wasserrecht, Annalen des deutschen Reiches 1877, S. 1 ff.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1892.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Burkhard, Zur Lehre vom öffentlichen Gute nach gemeinem und österreichischem Rechte, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart XV. S. 611.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 2. Aufl, 1899.

Champagny, Traité de la police municipale, 1844.

Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, Mannheim 1892.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, 2. Aufl., Halle 1901.

— Pandekten, 6. Aufl., Bd. I.

— Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen, Halle 1862.

Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheines vom 27. Februar 1905.

Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht, Basel 1873.

Elvers, Das Recht des Wasserlaufes, nach seinen leitenden Prinzipien und in seinen einzelnen Bestimmungen aus den Quellen des römischen Rechts dargestellt, in Themis N. F. I S. 413 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. II, III, IV, XXXV, XLII.

Entwurf eines preussischen Wassergesetzes samt Begründung. Amtliche Ausgabe, Berlin 1894.

Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Sachsen nebst Begründung, Beilageheft III zum Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess, Leipzig 1899.

Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. März 1907, 2 Bände, Ansbach 1908.

Frank, Über öffentliche und Privatgewässer, Verwaltungsarchiv I S. 61 ff.

Gerber, System des deutschen Privatrechts, 16. Aufl. 1891.
Geffcken, Zur Geschichte des deutschen Wasserrechtes, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte XXI. (Germ. Abt.) S. 173 ff.
Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. I und III.
— Deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1905.
Grundbuchordnung für das Deutsche Reich.
Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1899.
Harster-Casimir, Kommentar zum bayerischen Wassergesetz vom 23. März 1907, München 1908.
Hegelmaier, Grundeigentum im öffentlichen Recht, Tüb. Diss. 1891.
Heimbach, Artikel „Wasserrecht" in Weiskes Rechtslexikon XIV.
Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte, Jherings Jahrbücher VII. S. 179 ff.
Hirsekorn, Über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, Berliner Diss. 1879.
Hölder, Besprechung von Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XVI, S. 443 ff.
Jagdgesetz für das Königreich Bayern vom 30. März 1850.
Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900.
— Besprechung von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv V, S. 304 ff.
— System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
Jhering, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl., Teil III, 1. Abt.
— Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, Vermischte Schriften, Leipzig 1879, S. 103 ff.
— Der Zweck im Recht, 3. Aufl., Bd. I.
Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts, Zürich. Diss. 1867.
Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Indiciarii, München 1754.
— Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 2. Teil, München 1761.

Krische, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes nach Sächsischem Rechte, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess V, S. 465 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1899.

Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902.

Leistner, Äusserung des Abgeordneten von Leistner -- als Korreferenten — zu dem Berichte des Referenten Abgeordneten Söldner an den XXV. (besonderen) Ausschuss vom 5. Juni 1904 und zu dem Entwurfe eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern.

Leuthold, Das Wasserrecht im Königreich Sachsen, Leipzig 1892.

Malsen, Bericht des Abgeordneten Frhr. v. Malsen an den VIII. (besonderen) Ausschuss über den Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern.

Mayer Otto, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886.

— Artikel „Ströme“ in Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II, S. 190 ff.

— Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, Leipzig 1896.

Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts, München 1901.

Meyer Georg, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Teil I.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Bd. I, Regensburg 1847.

Motive zu dem Gesetzentwurfe über die Benützung des Wassers, Beilagenband I zu den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages im Jahre 1851, S. 138 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzes betreffend das Dammbauwesen in den Gebieten des Rhein, Main, Neckar und des schiffbaren Teiles der Lahn, Beilage Nr. 318a zu den Verhandlungen der zweiten Kammer der Landstände des Grossherzogtums Hessen in den Jahren 1885/88 (25. Landtag), Beilagenband IV, Darmstadt 1887.

Kaisenberg, Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen nach römischem und deutschem Recht. Erlanger Diss. 1908.

Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts, Berlin 1881.

Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei im preussischen Staate, 2. Aufl., ed. Frank, Breslau 1889.

Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, Erg.-Bd. I zu Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1903.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. VI., Berlin 1905.

Pözl, Die bayerischen Wassergesetze vom 28. Mai 1852, Erlangen 1862, 2. Aufl., Erlangen 1880.

Randa, Das Eigentumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher, Erste Hälfte, Leipzig 1884.

Rausnitz, Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preussischen Allgemeinen Landrechte, Gruchots Beiträge XXXIX. S. 525 ff.

Reuss, Die bayerischen Wassergesetze. Herausgegeben von Hermann Reuss. 2. Aufl., Ansbach, Brügel und Sohn, 1896.

Regelsberger, Pandekten Bd. I., Leipzig 1893.

Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, München 1889.

Rosenfeld, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen nach heutigem gemeinem Rechte und nach Partikularrecht, Rostock Diss. 1899.

Roth, Bayerisches Zivilrecht, Erster Teil, 1. Aufl., Tübingen 1871; 2. Aufl., Tübingen 1881; Dritter Teil, 1. Aufl., Tübingen 1875.

Sachsenspiegel.

Sammlung von Entscheidungen des Kgl. bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, Bd. VIII, XXV.

Sammlung von Entscheidungen des Kgl. bayer. Obersten Landesgerichtes in Gegenständen des Zivilrechtes und Zivilprozesses, Bd. VII, XIII.

Sartorius, Bericht des Abgeordneten Sartorius — als Korreferenten — an den VIII. (besonderen) Ausschuss über den Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern.

Schenkel, Artikel „Wasserbenutzung“ in Holzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl., Bd. III. S. 1244.

— Das badische Wasserrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1902.

Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl.

Schwab, Die Konflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung der letzteren zum Maschinenbetriebe, Beilageheft zum Archiv für die zivilistische Praxis XXX.

Schwabenspiegel.

Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873. — Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl.

Söldner, Bericht des Abgeordneten Söldner — als Referenten — an den XXV. (besonderen) Ausschuss zu dem Entwurfe eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Bd. I.

Verhandlungen der Reichsräte des bayerischen Landtages, 34. Landtagsversammlung, Anhang zum Beilagenband, Nachsession (Wassergesetz) 1907.

Verhandlungen der Württembergischen Kammer der Standesherrn auf dem ordentlichen Landtage in den Jahren 1899 bis 1900, Protokollband.

Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, Göttingen 1867.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. I, Frankfurt 1906.

Zachariae-Crome, Handbuch des Französischen Zivilrechts, 8. Aufl., Bd. I.

Einleitung.

Mit Rücksicht auf die Art und Weise des Vorkommens der Gewässer auf der Erde ergeben sich verschiedene Einteilungen derselben, die für das Wasserrecht von grosser Bedeutung sind.

Unter diesen Einteilungen ist die in öffentliche und nicht öffentliche oder private Gewässer vom Rechtsstandpunkte aus die wichtigste; sie ist für alle Fragen des Wasserrechtes von grundlegender Bedeutung.

Es bedarf daher zunächst einer genaueren Untersuchung der Frage in geschichtlicher und rechtlicher Hinsicht: Was versteht man unter öffentlichen Gewässern und was versteht man unter privaten?

I. Teil.

Einteilung der Gewässer in öffentliche und nicht öffentliche.

I. Römisches Recht.

Der Unterschied zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Gewässern war bereits dem römischen Rechte bekannt;[1]) allein über die Grenzen beider und über die Punkte, in denen sich öffentliche und nicht öffentliche Gewässer wesentlich unterschieden, darüber sind die Ansichten sehr kontrovers. Aus diesem Grunde wird der Nutzen des römischen Rechtes für uns hier wie sonst ein problematischer. Nach der herrschenden Meinung ist dasjenige Merkmal, welches die flumina publica von den flumina privata unterscheidet, die Perennität:

[1]) l. 1 § 2 und § 3 D, de fluminibus 43, 12.

Öffentliche Gewässer sind alle beständig fliessenden Gewässer ohne Rücksicht auf ihre Grösse und ihre Bezeichnung, während zu den Privatgewässern nur die Quellen, die kleinen Landseen und die zur Winterszeit auftretenden Wildbäche, die im Sommer austrocknen, zu rechnen sind. Beständig fliessende Gewässer sind „alle[1]) diejenigen Gewässer, welche nachhaltigen Quellen entspringend oder aus anderen Gewässern abgeleitet, in regelmässigen Betten, eingeschlossen zwischen Ufern, in ununterbrochen dauernder Strömung dahinfliessen und je nach der Grösse ihres Wasserlaufes Ströme, Flüsse oder Bäche genannt werden. Nicht begriffen sind daher hier unter jener Benennung andere, obwohl auch beständig fliessende Gewässer, wie beständig fliessende Quellen und deren Abflüsse, welche nicht zwischen Ufern in regelmässigen Betten fliessen, noch auch diejenigen fliessenden Gewässer, welche als Wildbäche und Wildströme (flumina torrentia) nur aus zufälligen Quellen, wie aus Hungerquellen, Wolkenbrüchen, Regengüssen, Tauwassern ihren Ursprung und nur ein zeitweiliges Dasein haben".

Somit ist das unterscheidende Merkmal, welches das römische Recht für die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers an die Hand gibt, der stetige Lauf. Die Stellen in den römischen Quellen, welche für die Ansicht der herrschenden Lehre bestimmend sind, finden sich bei Ulpian:

l. 1 § 2 u. § 3 D, de fluminibus 43, 12: „fluminium quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis".

l. 1 § 2: „item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia; perenne est, quod semper fluat, ἀέννaος (perennis), torrens ὁ χειμάρρους (hieme fluens)".

Der Grund, weshalb die römischen Juristen auf die Perennität bei der Definition des flumen publicum das entscheidende Gewicht legen, ist der, dass nur die ständig fliessenden Gewässer einen nachhaltigen usus publicus gestatten.[2])

[1]) Börner, Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit etc., im Archiv f. d. ziv. Pr. XXXVIII, S. 149 ff.

[2]) Hesse, Grundzüge des Wasserrechts etc., Jherings Jahrbücher, VII, S. 179 ff.

II. Deutsches Recht.

Im Gegensatz zu diesem römisch-rechtlichen Begriffe eines öffentlichen Gewässers erklären die deutschen Rechtsquellen nach der herrschenden Meinung für öffentliche Gewässer nur die schiff- und flossbaren.

Von älteren Rechtsquellen sind für diese Ansicht anzuführen der Sachsenspiegel und der Schwabenspiegel.

Der Text des Sachsenspiegels[1]) sagt: „Svek water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene."

Der Text des Schwabenspiegels[2]) sagt: „Jegliches wazzers rames fluz ist gemein zu varenne und zu vischenne."

Die Tatsache, dass die Einteilung des Sachsenspiegels bezüglich der Gewässer nach dem Gesichtspunkte der Schiff- und Flossbarkeit sich im Schwabenspiegel wieder findet, berechtigt uns zu der Annahme, dass diese Einteilung eine allgemein deutsche war.[3])

Die Abweichung der Begriffsbestimmung des deutschen Rechtes von der römisch rechtlichen ist indes keine so erhebliche, als man auf den ersten Blick meinen möchte. Denn es wird wohl wenig Gewässer geben, die von Natur zur Schiff- und Flossfahrt geeignet sind, ohne zugleich ständig fliessende Gewässer zu sein.

III. Neuere Wassergesetzgebung.

Die deutschrechtliche und die römischrechtliche Begriffsbestimmung der öffentlichen und privaten Gewässer sind grundlegend geworden für die ganze spätere Entwicklung des Wasserrechtes.

Die Gesetzgebungen der einen Staaten schliessen sich der ersteren an, die anderer verwerfen das Unterscheidungsmerkmal der Schiff- und Flossbarkeit und stehen mehr oder minder auf dem Boden des römischen Rechtes.

---

[1]) Sachsenspiegel: II, 28.

[2]) Schwabenspiegel, Art. 197.

[3]) Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufes etc.. Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft I, S. 261 ff.

So unterwerfen das preussische Landrecht und das französische Recht die Gewässer hinsichtlich ihrer Eigenschaft als öffentliche oder private der gleichen rechtlichen Behandlung, indem sie die schiff- und flossbaren für öffentliche, die anderen für private erklären.

Die gleiche Auffassung kehrt in den badischen Wassergesetzen von 1867 und 1902 und in den bayerischen von 1852 und 1907 wieder.

In allen übrigen modernen Gesetzen fungiert die Schiff- und Flossbarkeit nicht mehr als Einteilungsgrund. Alle hieher gehörigen deutschen Partikulargesetzgebungen haben sich nach dem Vorgang der Weimarischen Gesetzgebung vom 16. Februar 1854 dem römischen Rechte angeschlossen, indem sie zum unterscheidenden Merkmal das der Perennität erklären.

Die bayerische Gesetzgebung vom Jahre 1852 ist, wie bereits oben bemerkt wurde, bei der Festsetzung der Grundsätze über das Wasserrecht von der Unterscheidung ausgegangen, ob die Gewässer dem grossen allgemeinen Verkehr und Gebrauche der Schiff- oder wenigstens der Flossfahrt gewidmet sind, oder nicht. Ist ein Gewässer schiff- und flossbar, so ist damit von selbst seine öffentliche Eigenschaft begründet. Der Kreis der öffentlichen Gewässer wurde aber erweitert in zweifacher Hinsicht: einmal wurde auch den Nebenarmen öffentlicher Flüsse diese Eigenschaft selbst zuerkannt, ferner sollten diejenigen Seen, welche bisher schon als öffentliche Gewässer galten, auch in Zukunft dazu gerechnet werden, und endlich wurde der Grundsatz aufgestellt, dass ein öffentliches Gewässer diese Eigenschaft auch dann beibehalten solle, wenn es nicht mehr zur Schiff- und Flossbarkeit diene.

Das geltende bayerische Wassergesetz vom Jahre 1907 belässt es entsprechend den bisherigen Rechtsverhältnissen bei der grundsätzlichen Einteilung der Gewässer in öffentliche und Privatgewässer.

Im Ausschuss der Abgeordnetenkammer wurde angeregt, den Begriff der öffentlichen Gewässer anders zu bestimmen. Der eine Standpunkt ging dahin, neben die Benützung zur Schiff- und Flossfahrt die zur Krafterzeugung für Staatsbetriebe im öffentlichen Interesse als Unterscheidungsmerkmal zu setzen.

Diese Anregung fand keinen Beifall und kam deshalb auch im Plenum nicht mehr zur Sprache. Ein anderer Antrag ging dahin, auch die Flüsse, Flussteile und Seen, deren Verhältnisse die Möglichkeit einer Umwandlung in motorische Kraft gewähren, als öffentliche zu erklären. Dieser Antrag wurde im Plenum abgelehnt: er hätte nichts anderes bedeutet als die Verstaatlichung fast aller Gewässer. Sehr viele Stimmen gingen dahin, das Kriterium der Schiff- und Flossbarkeit fallen zu lassen und an dessen Stelle gleich anderen modernen Wassergesetzgebungen das der Perennität zu setzen. Allein die vollkommen abweichende Entwickelung des bayerischen Wasserrechtes von den römischen Rechtsbegriffen, der Umstand ferner, dass die Aufhebung des privatrechtlichen Charakters der bisher nicht öffentlichen Flüsse dem überwiegenden Rechtsbewusstsein des Volkes, das ohne Zweifel auf dem Standpunkt des geltenden Rechtes stand, keineswegs entsprochen hätte, bestimmten die Majorität, an dem bisherigen Grundsatz festzuhalten. Dazu kam, dass eine Änderung in diesem Punkte eine förmliche Umwälzung auf dem Gebiete des bayerischen Wasserrechtes bedeutet hätte.[1]) Der Charakter des bayerischen Staates als eines Rechtsstaates hätte erfordert, dass die bestehenden Rechte entweder vorbehalten worden wären — dann wäre eine Neuerung so gut wie wirkungslos gewesen — oder dass diese Rechte durch Entschädigung abgelöst worden wären, eine Eventualität, die aus finanziellen Rücksichten kaum hätte inbetracht kommen können.

Auch zwingende Rücksichten des öffentlichen Wohles liessen einen solchen Eingriff in wohlerworbene Rechte nicht gerechtfertigt erscheinen.[2]) Denn wenn auch für die Privatflüsse nach wie vor in der Regel ein privatrechtliches Eigentumsrecht der Uferanlieger an denselben anerkannt wird, so wird behufs Ermöglichung einer rationellen Wasserausnützung das Eigentumsrecht so weit als möglich eingeschränkt, um dem gemeinschaftlichen Interesse Rechnung zu tragen. Dazu kommt, dass

[1]) Bericht des Abg. Frhr. v. Malsen an den VIII. Ausschuss d. K. d. A. über den Entwurf eines Wasser-Gesetzes für das Königreich Bayern.

[2]) Motive zum W.-G. von 1907, S. 538.

die Privatflüsse und -Bäche im Eigentum des Staates, zu denen manche nicht unbedeutende Privatflüsse zählen, hinsichtlich der Benützung ohnehin den öffentlichen Gewässern gleichgestellt sind.

II. Teil.

Die Eigentumsverhältnisse an den Gewässern.

I. Allgemeines.

Die oben dargelegte Unterscheidung der Gewässer in öffentliche und private ist für alle Fragen des Wasserrechtes von grundlegender Bedeutung insoferne, als sie entscheidend ist für die Frage, wie die Eigentumsverhältnisse an einem Gewässer rechtlich zu beurteilen sind.

Um die verschiedenartige Stellung unserer modernen Wassergesetze zu dieser Frage richtig verstehen und beurteilen zu können, müssen wir auch hier die historische Entwickelung verfolgen, vom römischen Rechte ausgehend prüfen, welche Auffassung der Regelung der Eigentumsverhältnisse an den Gewässern in den Gesetzgebungen der verschiedenen Zeiten und Staaten bis herauf in die neueste Zeit zugrunde liegt.

II. Begriff des zivilrechtlichen Eigentums.

So einfach an sich die Frage hinsichtlich der privatrechtlichen Verfügungsgewalt am Wasser zu liegen scheint, so schwierig ist deren Beantwortung und so widerspruchsvoll sind die Ergebnisse, zu denen Theorie und Praxis gekommen sind.[1])

Die grosse Schwierigkeit, welche der Beantwortung dieser Frage im Wege steht, liegt darin, dass die gewöhnlichen zivilrechtlichen Grundsätze über das Eigentum zur Anwendung auf die Gewässer ihrer Natur und Zweckbestimmung nach sich nicht eignen, weil die Natur des Wassers einer privatrechtlichen Regelung im Wege steht.

Die früheren Wassergesetzgebungen haben zivilrechtliche Fragen in das Wasserrecht überhaupt nicht hinein-

[1]) Eymann a. a. O. S. 164.

gezogen. Erst die neueren Gesetzgebungen haben auch in dieses Rechtsgebiet zivilrechtliche Grundsätze herübergenommen und damit seinen ohnedies schon nicht leicht verständlichen Charakter noch verwirrter und unbestimmter gemacht. Nachdem aber der Eigentumsbegriff in das Wasserrecht aufgenommen ist und alle modernen Wassergesetzgebungen hinsichtlich des Eigentums an den Gewässern Bestimmungen treffen, besteht die Notwendigkeit zu untersuchen, wie der Begriff des Eigentums in der Wassergesetzgebung aufzufassen ist, ob er hier derselbe ist wie der, den das Bürgerliche Gesetzbuch geprägt hat oder ob er hier in anderer Weise rechtlich definiert werden muss.

Was versteht das Zivilrecht unter Eigentum?

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich einer Definition des Eigentumsbegriffes, es beschränkt sich auf eine allgemeine Darlegung der Befugnisse des Eigentümers, indem es in § 903 sagt: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen."

Das Eigentum ist also mit anderen Worten die denkbar umfassendste Herrschaft über eine Sache. Die erste Voraussetzung dieser Herrschaft ist aber der Besitz, sei es der unmittelbare, sei es der durch eine andere Person. Erworben wird der Besitz nach § 854 des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache. Hört diese auf, so geht damit ipso jure auch der Besitz und mit diesem das Eigentum verloren. An einem Gewässer kann also Eigentum nur insoweit bestehen, als es von Natur aus fähig ist, in die tatsächliche Gewalt und damit in den Besitz einer Person zu gelangen.

III. Die Eigentumsverhältnisse an Gewässern nach römischem Rechte.

Die römische Quellenstelle, welche uns die Auffassung des römischen Rechtes bezüglich der Eigentumsverhältnisse an Gewässern lehrt, ist die Stelle: D 2, § 1 de div. rer. 1, 8:

„Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.“

Über die juristische Bedeutung dieser Stelle ist in der Wissenschaft ein heftiger Streit entstanden und die verschiedensten Theorien sind aufgestellt worden, die hier kurz gewürdigt werden müssen.

Die aqua profluens ist eine der res publicae, welche von Gaius (comment. II. § 10. l. 1. pr. D. 1. 8) den res privatae gegenübergestellt werden:

„Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae; quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur. privatae autem sunt, quae singulorum sunt.“

Welche Gattungen von Sachen hienach unter den res publicae begriffen sind, erläutert dann l. 2. pr. cod.:

„quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum.“

Res publicae sind im weitesten Sinne also alle diejenigen Sachen, die in keiner physischen Einzelperson Eigentum sich befinden. In diesem weitesten Sinne findet sich der Ausdruck res publicae selten.

Häufiger bezeichnet man damit in einem engeren Sinne alle diejenigen Sachen, welche eine besondere Beziehung auf den Staat haben und in keiner anderen physischen oder juristischen Person Eigentum stehen.

Als res publicae im allerengsten Sinne bezeichnet man nur diejenigen Sachen, die dem usus publicus, d. h. dem öffentlichen Gebrauch der Staatsangehörigen dienen und dabei in keiner Privatperson Eigentum sich befinden.

Das Wort „publicum“ in der oben angeführten Stelle hat also sowohl einen negativen wie einen positiven Sinn:[1]) einen negativen insoferne, als es alles bezeichnet, was nicht im Privateigentum sich befindet, sondern der Gesamtheit angehört, es mag nun wirkliches Eigentum der Gesamtheit sein oder es mag überhaupt Eigentum daran gar nicht stattfinden, und einen positiven insoferne, als es Alles bezeichnet, was zum Gemeingebrauch, zum usus publicus, bestimmt ist.

[1]) Hesse a. a. O. S. 182.

Die Hauptfrage[1]) ist nun die, ob durch den Begriff einer res publica im oben angegebenen strengsten Sinne des Wortes das Eigentum des Staates ausgeschlossen oder ob es dadurch notwendig gegeben sei oder endlich, ob durch jenen Begriff die Frage nach dem Eigentum des Staates ganz offen gelassen werde, das Eigentum oder Nichteigentum des Staates also ganz gleichgiltig sei.

Die Jhering'sche[2]) Theorie behauptet, an den res publicae sei, da sie dem commercium entzogen seien, ein Bestehen von Eigentum, überhaupt von Privatrechten ausgeschlossen.

Diese Theorie kann aber deswegen schon als nicht richtig angesehen werden, weil die verschiedenen Quellenstellen beweisen, dass die Eigenschaft einer Sache als einer res publica das Bestehen von Eigentum nicht schlechthin ausschliesst. So ist in den Quellen von Sachen die Rede, die im Eigentum des Kaisers stehen und trotzdem extra commercium sind.

l. 39, § 10 de leg. I: „sed et ea praedia Caesaris, quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam commercium eorum, nisi iussu Principis, non sit, quum distrahi non soleant."

Jhering[3]) hat auch versucht, die Unverträglichkeit des Eigentumes mit den res publicae aus deren Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche abzuleiten. Er gibt zwar zu, dass dem Staate bezüglich der res publicae ein besonderes Recht zustehe, allein wie dieses Recht juristisch zu konstruieren sei, sagt er nicht. Der Eigentumsbegriff könne zu seiner rechtlichen Charakterisierung nicht verwendet werden, da dieser bei den res extra commercium überhaupt ausgeschlossen sei und dies ausserdem eine Entstellung des Eigentumsbegriffes bedeuten würde, wenn hier, wo „die reale Brauchbarkeit der Sachen in dem Gemeingebrauch so gut wie aufgeht, wo das Eigentum daher von vornherein nicht sowohl dem Eigentümer als einem andern zu dienen bestimmt wäre," von Eigentum geredet würde.

---

[1]) Kappeler a. a. O. S. 4.

[2]) Jhering, Der Streit über die Festungswerke der Stadt Basel.

[3]) Jhering a. a. O.

Allein es ist für den Begriff des Eigentumes[1]) ganz gleichgültig, wie gross oder wie klein die Einzelbefugnisse des Eigentümers sind. In dem Begriff des Eigentums liegt ja nur die Möglichkeit der unumschränkten rechtlichen Herrschaft über eine Sache, und es kommt nur darauf an, dass beim Wegfall etwaiger Beschränkungen von selber die ganze Fülle und Freiheit der bisher beengten Herrschaft wiederkehrt.

Die Römer sehen darin, dass eine Sache dem usus publicus dient und zugleich im Privateigentum steht, keinen Widerspruch. Das beweisen auch zahlreiche Rechtsverhältnisse, unter denen nur auf eines hingewiesen sei: An den Flussufern konnte nach römischem Rechte, da sie zum Gebrauch des Wassers unentbehrlich waren, ebenso wie am Flusse selbst ein usus publicus stattfinden, was aber durchaus nicht verhinderte, dass die Ufer hinsichtlich des Eigentums unverändert blieben.

l. 5 pr. de D. R. 1, 8: „riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis — sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent, qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt.“

Aus dieser und anderen Stellen geht klar hervor, dass durch den usus publicus keineswegs mit Notwendigkeit das Bestehen von Eigentum an den res publicae ausgeschlossen wurde.

Anderseits[2]) ist aber nun zu prüfen, ob mit dem Begriff einer res publica das Eigentum des Staates notwendig verbunden sei, eine Meinung, welche z. B. von Dernburg vertreten wird, der zur Verteidigung seiner Ansicht verschiedene Quellenstellen ins Feld führt.

§ 39 J. 2, 1: „thesauros, quos quis in suo loco invenerit, Divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.“

[1]) Dernburg, Rechtsgutachten über den zwischen etc. 1862.
[2]) Kappeler a. a. O. S. 25.

Dernburg glaubt nun, da die eine Schatzhälfte dem Dominium des Fundortes zugeschrieben wird und in Übereinstimmung hiemit dem Fiskus, falls der Schatz in fiscali loco vel publico gefunden wird, sei die Eigentumsqualität der öffentlichen Sachen bewiesen. Man könne nicht mit Recht annehmen, der locus publicus gehöre niemandem und deswegen nehme der Staat die Hälfte, die sonst nur dem Eigentümer des Fundortes zufalle, für sich. Denn weil der locus sacer und religiosus als res nullius betrachtet werde, so teile das Gesetz den hier gefundenen Schatz vollständig dem Finder zu, das müsste aber ebenso sein, wenn die res publicae nullius wären.

Diese Argumentation Dernburgs kann jedoch nicht für richtig erachtet werden.

Sie geht von der irrigen Ansicht aus, dass die res publicae genau in der gleichen Weise behandelt werden müssen wie die res sacrae und religiosae, sobald sich herausstelle, dass sie ebenfalls nullius seien. Es wird hiebei übersehen, dass nach der römischen Anschauung die res sacrae und religiosae dem menschlichen Recht und daher auch der Beherrschung durch den Staat als einer menschlichen Institution entzogen sind, während alle res humani iuris innerhalb der Grenzen des römischen Staates dem imperium populi Romani unterliegen. Kraft dieses Imperium spricht nun Hadrian für den Fiskus die Hälfte des gefundenen Schatzes an, falls der Fundort humani juris ist, in keinem Privateigentum, auch nicht im Eigentum des Staates selbst steht und wegen des daran stattfindenden Gemeingebrauches unter die besondere Obhut des Staates genommen wird. An dem in einer res sacra oder religiosa gefundenen Schatz dagegen wird vom Fiskus kein Anspruch geltend gemacht.

Dernburgs Ansicht kann nach dem Gesagten aus den von ihm angeführten Quellenstellen also nicht begründet werden. Vielmehr zeigen andere Stellen, dass sie für unhaltbar erklärt werden muss. Auf diese Stellen hier einzugehen, würde indes zu weit führen.

Es dürfte hiemit bewiesen sein, dass es ebenso unrichtig ist, zu behaupten, mit dem Begriff einer res publica sei ohne Weiteres die Zugehörigkeit zum Staatseigentum gegeben, als

zu sagen, der Begriff der res publica schliesse das Eigentum des Staates aus. Damit, dass eine Sache als res publica, quae in publico usu habetur, bezeichnet wird, ist positiv über das Eigentum noch nichts entschieden.

Ob der Staat Eigentümer dieser res publica sei, ist rein zufällig und begrifflich indifferent. Die Beantwortung dieser Frage wird im Einzelfalle davon abhängen, ob die betreffende Sache des Eigentums überhaupt fähig ist und ob, wenn dies der Fall ist, in der Person des Staates zufällig auch die rechtlichen Bedingungen erfüllt sind, bei deren Vorhandensein Eigentum angenommen wird. Gewisse Dinge sind aber schon zufolge ihrer natürlichen Beschaffenheit dem Eigentum entzogen.

Nach diesen allgemeinen Erörterungen über den Begriff der Publizität überhaupt, welche zu dem Ergebnis geführt haben, dass dieselbe mit dem Staatseigentum nichts zu tun hat, ist nun die Eigentumsfrage im Besonderen mit Bezug auf die öffentlichen Gewässer zu untersuchen.

Im ersten Abschnitt ist bereits des Näheren dargelegt worden, dass das römische Recht alle beständig fliessenden Wasserläufe zu den öffentlichen Gewässern zählte und diese zum Staat in ein bestimmtes Verhältnis setzte. Die Frage ist nun: Wie ist dieses Verhältnis der öffentlichen Gewässer zum Staate rechtlich zu charakterisieren?

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zunächst einer Untersuchung über die allgemeine Beschaffenheit der Wasserläufe.

Von einem fliessenden Gewässer[1]) wird man immer dann sprechen, wenn seine Form und sein Inhalt von Moment zu Moment wechseln und in keinem Moment zur Ruhe kommen, da durch die Beschaffenheit der Fassung eine kontinuierliche Fortbewegung der Wassermenge bedingt ist. Jedes andere Gewässer, das diese Eigenschaften nicht aufweist, wird man für ein stehendes erklären.

Das stehende Wasser ist infolge seiner Zusammenfassung zu einer festen, bestimmten Form ein ebenso taugliches Objekt der menschlichen Rechtsbeherrschung als irgend ein anderes Stück der Körperwelt. Daher steht auch der exklusiven,

[1]) Kappeler a. a. O. S. 44.

vollständigen Aneignung desselben, dem Eigentum, an sich nichts entgegen. Ob solches wirklich bestehe, hängt von denselben zufälligen Umständen ab wie bei allen anderen des Eigentums überhaupt fähigen Sachen.

Allerdings kann nun das Wasser in so grossen Massen zusammenstehen, dass es die Menschen zwar gebrauchen, aber unmöglich beherrschen können. Als ein solches unbeherrschbares Ganzes erschien den Römern das Meer.

Während so das stehende Wasser höchstens durch seine Quantität der menschlichen Rechtsherrschaft sich entzieht, so ermangelt das fliessende Wasser, ob in grosser oder kleiner Quantität vorhanden, unverkennbar schon qualitativ der wesentlichen Voraussetzung der Möglichkeit eines Eigentumes daran, indem es in der Kontinuität seines Flusses, bei der ununterbrochenen Bewegung seiner Masse und dem Mangel eigener fester körperlicher Grenzen als Ganzes nicht festhaltbar ist.

Dieser Mangel ist bei dem grössten wie bei dem kleinsten Flusse infolge seines natürlichen Wesens vorhanden und Eigentum oder ein sonstiges Recht an einem zu bestimmter Zeit auf bestimmter Stelle befindlichen Teil solchen fliessenden Wassers ist undenkbar, es müsste denn dieser Teil erst seiner Freiheit beraubt, d. h. eben seines natürlichen Wesens entkleidet werden.

An einer Sache, die sich absolut nicht verfolgen und erfassen lässt, kann eben logischer Weise kein Eigentumsrecht bestehen.

Nun sagt die Quellenstelle D 2, § 1 de div. rer. 1, 8: „Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.“

Die aqua profluens, die freifliessende Wasserwelle, ist damit zu einer res communis omnium erklärt, nicht dagegen das unfrei fliessende Wasser, das von den Römern aqua ducta genannt wird. Unter diesem[1]) ist all das Wasser zu verstehen, das irgendwie künstlich gefasst und der Aufhebung seines Laufes entgegengeführt wird, sei es, dass es am Ende seiner

[1]) Kappeler a. a. O. S. 58.

Bahn in irgend welchen Behältern aufgefangen und zu stehendem Wasser gemacht oder dass es dort unmittelbar verbraucht wird. Wasser dagegen, das eine künstliche Anlage bloss durchfliesst, ohne am Ende derselben der freien Fortsetzung seines Laufes verlustig zu gehen, kann nicht als aqua ducta bezeichnet werden, weil mit diesem Begriff die schliessliche Zurückhaltung sich unzertrennlich verbindet.

Daher sagt l. 1, § 8 de flum. 43, 12: „si fossa manu facta sit, per quam fluit flumen publicum, nihilominus publica fit.“

Die eigentliche aqua ducta ist also keinesfalls als aqua profluens und res communis omnium zu betrachten. Der juristische Unterschied zwischen beiden liegt eben darin, dass die Substanz des geleiteten Wassers bereits gefangen, die des fliessenden noch frei ist.

Würde man die aqua ducta als aqua profluens betrachten, so wäre die Folge die, dass jeder kraft natürlichen Rechtes von dem in der Leitung befindlichen Wasser Gebrauch machen könnte, dass er sich nicht um ein besonderes Recht an der aqua ducta zu bewerben bräuchte, dass diese überhaupt nicht zum Vertragsgegenstand gemacht werden könnte.

Wäre die aqua ducta ein Gemeingut,[1]) so liesse sich ferner bei dem an res communes allgemein und unbeschränkt bestehenden Gebrauchsrecht die durch die actio communi dividundo erzwingbare Verteilung des Wassers unter den Leitenden nicht erklären. Von einer privatrechtlichen Gemeinschaft, wie sie diese Klage verlangt, könnte keine Rede sein. Die zur Erhaltung der Wasserleitungen dienenden Rechtsmittel: actio confessoria, interdictum de aqua cotidiana (l. 1, § 7 de aqua cot. 43, 20) interdictum de rivis (l. 3 § 4 de rivis 43, 21) hätten offenbar sehr wenig Zweck, wenn dadurch nur die zum Fassen des Wassers dienenden Röhren etc., nicht das darin geleitete Wasser geschützt würden.

So viel ist also sicher, dass die aqua ducta dem Gemeingebrauch entzogen ist. Wäre sie demnach bereits Eigentum? Sie hat doch den Charakter der continuierlichen Be-

[1]) Kappeler a. a. O. S. 64.

wegung noch mit der aqua profluens gemein? Mit dem Satze, dass jedes in kontinuierlicher Bewegung begriffene Wasser des Eigentumes unfähig sei, lässt sich eben nicht auskommen. Man muss vielmehr, um zu richtigen und natürlichen Resultaten zu kommen, mit diesem Satze brechen und anerkennen, dass nicht das Moment der Bewegung schlechthin, sondern nur das Moment der freien, ungefangenen Bewegung für die Eigentumsfähigkeit entscheidet.

Wohl begründet erst die definitive Okkupation Eigentum, welche so lange als nicht vorhanden anzunehmen ist, als noch vielerlei Möglichkeiten des Entgehens vorliegen. Allein diese sind bei dem in der Leitung gefassten Wasser nicht vorhanden. Die Okkupation ist hier vollzogen mit dem Fassen in der Leitung und Eigentümer des Leitungswassers ist derjenige, welcher jeweils das Recht zur Benutzung der Leitung hat.

Bis jetzt ist der Begriff der aqua profluens ganz ohne Beziehung zum Staat betrachtet worden. Im Folgenden soll nun das Verhältnis des Staates zur aqua profluens näher dargestellt werden.

Nach den bisherigen Ausführungen sind die res communes omnium nach dem ius naturale allen Menschen in der Weise gemeinsam, dass jeder einen ganz beliebigen, unbeschränkten Gebrauch davon zu machen befugt ist.

Bei gewissen res communes omnium ist nun die Gefahr vorhanden, dass durch die unverhältnismässig starke Benützung einzelner die anderen an der Benützung mehr oder weniger gehindert, ja vielleicht ganz von ihr ausgeschlossen werden könnten, obwohl der Genuss an diesen res communes für das Leben vielleicht ein unentbehrlicher ist. Hier ist es nun Aufgabe des Staates, darauf hinzuwirken, dass der Genuss der res communes omnium seinen Gliedern durch geeignete Schutzmassregeln gesichert wird. Durch diese staatliche Fürsorge nehmen die res communes omnium den Charakter der Publizität an. Diese unter die Obhut des Staates genommenen res communes omnium jure naturali heissen res publicae jure gentium und der demzufolge staatlich überwachte usus heisst nicht mehr communis, sondern publicus. Diese Bezeichnung des usus communis als usus publicus hat also ihren

Grund darin, dass aus Rücksicht auf das Wohl seiner Angehörigen der Staat denselben seinen besonderen Schutz angedeihen lässt.

Dass der Staat nicht als Eigentümer der res communes iure gentium zu betrachten ist, wiewohl er sein imperium über sie in einer besonders intensiven Weise geltend macht, kann nach dem über die Natur der res communes oben Gesagten keinen Augenblick zweifelhaft sein.

An Dingen, welche infolge ihres natürlichen Wesens die Anwendbarkeit des Begriffes „Eigentum“ ausschliessen, ist eben sowohl für einen Privatmann wie für den Staat oder das Volk Eigentum unmöglich. Zu diesen Dingen gehört auch die aqua profluens.

Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen das fliessende Wasser in jene besondere Beziehung zum Staate tritt, die man Publizität nennt, mit andern Worten, welche Gewässer notwendig nach römischem Rechte öffentlich sind, ist bereits oben in dem Sinne Aufschluss gegeben worden, der sich aus den römischen Quellen ergibt: „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit.“

Die weitere Frage ist nun die: Wie ist diese Publizität im allgemeinen beschaffen?

Dass publicum als Beiwort der flumina nicht den Sinn eines dem Staate oder dem Volke an den beständig fliessenden Gewässern zustehenden Eigentums haben kann, ist bereits des Näheren dargelegt worden.

Jedes dauernd fliessende Gewässer besteht aus drei Bestandteilen: dem Wasserfluss (flumen), dem Bette (alveus) und den Ufern (ripae), welche zusammen ein integrierendes, je nach seiner Grösse Strom, Fluss oder Bach benanntes untrennbares Ganzes bilden. Ohne das tragende Bett ist der Wasserfluss geradezu undenkbar. Das Bett ist seine notwendige Unterlage und geht in der Bestimmung, dem Wasserlauf zu dienen, vollständig auf. In Würdigung dieses natürlichen Zusammengehörigkeitsverhältnisses, in welchem der Wasserfluss als der herrschende, das Bett als der dienende Teil erscheint, sehen die römischen Juristen den Waserlauf als den wesent-

lichen und für den Rechtsbegriff des Ganzen entscheidenden Bestandteil an, sodass nach ihm die rechtliche Qualität der übrigen Bestandteile, namentlich des Bettes, bestimmt wird. Gilt das flumen als publicum, so muss auch das Bett diese Qualität annehmen, d. h. es muss publicum werden.

So sagt: l. 1 § 7 i. f. de flum. 43, 12: „ille alveus, quem sibi flumen fecit, et si privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est, ut alveus fluminus publici non sit publicus."

Aus dieser Stelle geht zugleich hervor,[1]) dass die Publizität des alveus nicht etwa in einem anderen Sinne verstanden werden darf als die Publizität des flumen selbst, d. h. dass der alveus selbst auch dem Eigentum des Staates sowohl als der Privaten entzogen ist.

Die Auffassung des römischen Rechtes, dass das Wasser das Wesentliche und rechtlich Massgebende bei den beständig fliessenden Gewässern ist, ist im römischen Rechte so streng durchgeführt, dass dieser Grundsatz sogar auf künstliche Grabenanlagen, welche von einem öffentlichen Gewässer durchflossen werden, in streng logischer Konsequenz ausgedehnt wird.

Das dauernd fliessende Wasser ist eben öffentlich und behält diese Eigenschaft auch in einem künstlichen Bette, sofern es nur frei durch dasselbe entweder seinem ursprünglichen Strome oder einem anderen Gewässer zu hindurchfliesst. Denn das Fortfliessen ist die notwendige Voraussetzung der öffentlichen Eigenschaft.

Lediglich eine Konsequenz der hier entwickelten Grundanschauung des römischen Rechtes über das rechtliche Verhältnis des fliessenden Wassers ist die römische Lehre von dem Anfalle der im Flusse entstandenen Insel und dem verlassenen Flussbette. Denn, indem das Wasser das Areal seines Bettes okkupiert, entzieht es dasselbe auf die Zeitdauer seines Strömens dem menschlichen Besitz und Eigentum. Da diese Entziehung aber wider den Willen des Menschen von einer bewusstlosen Kraft geschieht, so wird der animus domini an

[1]) Kappeler a. a. O. S. 105.

dem Areal als fortdauernd gedacht und es kehren Besitz und Eigentum, wenn das Wasser das Bett verlässt, zu denen zurück, von denen angenommen wird, dass es ihnen das Wasser entzogen habe, nämlich zu den anliegenden Uferbesitzern, wenn ihre Grundstücke nach dem Ufer zu nicht versteint sind. Ist dies dagegen der Fall, so erscheint das verlassene Flussbett als res nullius und fällt dem Okkupierenden zu.

Die im Strome entstandenen Inseln sind gleichsam Auswüchse des Grund und Bodens, auf dem er fliesst, und fallen, da sie von dem Wasser auf ihrer Oberfläche nicht beherrscht werden, nach denselben Regeln wie das verlassene Flussbett an.

Würde man annehmen, dass aus dem Worte publicum ein Eigentumsrecht des Staates an dem Wasserfluss und damit auch an dem Bett zu folgen sei, so wäre die Konsequenz die, dass auch das verlassene Flussbett oder die im Flusse entstandene Insel an den Staat anfallen müsste.

Das Resultat der bisherigen Erörterungen ist also folgendes:

Alle beständig fliessenden Gewässer sind nach römischem Rechte öffentliche. Der Mangel eines Sondereigentumes am fliessenden Wasser bildet die Grundlage der römischen Theorie. Doch ist dem Worte „publicum“ als Beiwort von flumen nicht die Bedeutung eines dem Staate zustehenden Eigentums zuzulegen. Vielmehr bezeichnet dieses Wort lediglich den dem Volke sowohl als Ganzem, wie allen einzelnen zustehenden Gemeingebrauch an solchen Gewässern, welche unter der Oberaufsicht und Hoheit des Staates stehen. Von einem Staatseigentum im Sinne der Neuzeit ist hier noch keine Rede. Der Staat schützt nur beim flumen publicum die einzelnen mittels einer ihnen gegebenen Privatklage in der Weise, dass der jedem Einzelnen zustehende Gemeingebrauch ihm nicht entzogen werde.

IV. Die Eigentumsverhältnisse an Gewässern nach deutschem Rechte.

Dass auch dem alten deutschen Rechte der Begriff des öffentlichen Gewässers im Gegensatze zum Privatgewässer wohl bekannt war, ist oben (S. 3 ff.) bereits in Kürze dargelegt worden.

Das alte deutsche Recht, dem es bei der Zersplitterung der Volksstämme an einheitlichen und durchgreifenden Prinzipien fehlte, kannte nicht den Unterschied zwischen dauernd fliessenden (publica flumina) und zeitweilig versiegenden (privata flumina) Gewässern. Doch standen schon in alten Zeiten „die Bäche, welche nur das Feld durchflossen", im Privatbesitz. „Flüsse, welche den Wald durchflossen" galten als Bestandteil der „gemeinen Mark" und waren daher in den freien Marken Eigentum der Markgenossen. Da nun ein solcher Fluss eine ganze Reihe von Markgenossenschaften durchfliessen konnte, so bestand die Vermutung, dass einem ganzen Volke das Eigentum hieran zustehen kann. Natürlich bestand auch bei den Deutschen von den ältesten Zeiten an ein Aufsichtsrecht des Staates über den Gemeingebrauch, ausgeübt von der Versammlung der Markgenossen oder von direkten obrigkeitlichen Personen. Mit der Auflösung der grossen Marken in Dörfer gehörte das Wasser zur Dorfmark und wurde Eigentum der Dorfgenossen, die innerhalb ihrer Bezirke den Gebrauch des fliessenden Wassers durch Statut regelten und der Willkür des Einzelnen gewisse Grenzen zogen.

Wir finden also zunächst ähnliche Verhältnisse wie im römischen Rechte. Unbedeutende kleine Flussläufe stehen im Privateigentum, alle anderen Flüsse sind „gemeines Gut" in niemandes Privateigentum.

Was die schiffbaren Flüsse und Ströme betrifft, so galten dieselben als „des Reiches Strassen". Sie waren Gemeingut nicht blos zum Befahren, sondern auch zum Fischen.

Ursprünglich[1]) war dieser Unterschied von geringer praktischer Bedeutung, da die Nutzbarkeit des Wassers nur in bescheidenem Umfange erkannt wurde und infolgedessen auch nicht leicht Streitigkeiten und Reibereien vorkamen. Erst später, als die Wassernutzungen mehr und mehr in den Vordergrund traten, schlug die Rechtsentwickelung hinsichtlich der Berechtigungen am Wasser neue Bahnen ein.

Der mittelalterliche Staat schuf das Wasserregal, demzufolge die wichtigen Nutzungen der grösseren Gewässer vom Staate bezw. dem König in Anspruch genommen wurden.

[1]) Eymann a. a. O. S. 160.

Das Volkseigentum[1]) wurde durch das Königseigentum ersetzt, das fliessende Wasser wurde zur Strasse des Königs. Aus dem Dominium bildete sich ein Staatsregal.

Von den deutschen Königen ging das Wasserregal gleich anderen Regalien allmählich auf die Landesherren über und wurde durch die Patrikulargesetzgebung der einzelnen Länder bestimmter ausgebildet. Von der Zeit an, als die Staatsgewalt anfängt, ihre Aufgabe nicht mehr im blossen Rechtsschutze zu finden, sondern darin, das öffentliche Wohl zu fördern, als die Verwaltung sich entwickelt und ihren Wirkungskreis auf die Gewässer ausdehnt, führt dieser Wirkungskreis allmählich zu der bereits erwähnten Einteilung der Gewässer in öffentliche und private. An die Stelle des Regalitätsrechtes als des Rechtes auf ein fiskalisches Einkommen tritt das Hoheitsrecht des Staates, d. i. das Recht des Staates, zur Förderung des öffentlichen Wohles Verfügungen über die Gewässer zu treffen.

Zunächst wird das Aufsichtsrecht und die Fürsorge des Staates der Schiffahrt zugewendet. Der Staat fing hier zuerst an, Wasserzölle zu erheben und übernahm dafür die Räumung des Flussbettes zugunsten der Schiffahrt. Er sorgte für die schiffbaren Gewässer in vielerlei Beziehung, während er dies in nicht schiffbaren Gewässern nicht tat. Hieraus erklärt sich die für die rechtliche Eigenschaft der Gewässer massgebende Unterscheidung in schiffbare und nicht schiffbare Gewässer, welche auch heute noch ihre volle praktische Bedeutung beibehalten hat.

Wie steht es nun im deutschen Recht mit der Eigentumsfrage an diesen öffentlichen Gewässern?

Während nach römischem Rechte,[2]) wie oben dargelegt wurde, ein Privateigentum, wenigstens hinsichtlich der fliessenden Gewässer grundsätzlich nicht anerkannt wurde, schuf die mittelalterliche Regalientheorie auch die Lehre vom staatlichen Eigentum an den öffentlichen und vom Privateigentum an den Privatgewässern.

[1]) Harster-Casimir a. a. O. S. 18.
[2]) Eymann a. a. O. S. 160.

Natürlich war die Entwickelung dieser Lehre eine allmähliche und ging Hand in Hand mit der praktischen Handhabung des Wasserregales.

Dieses zeigte nämlich in seiner Handhabung immer mehr den Charakter des Eigentumes.[1]) Der Gemeingebrauch wurde ein Akt der Gnade. So kam es, dass mit der Ausbildung der Landeshoheit, welche früher falsch aufgefasst und in den Begriff des Landeseigentumes verkehrt wurde,[2]) ferner mit der Auffassung der Hoheitsrechte als privatrechtlicher Regalien man schliesslich dazu gelangte, die Flüsse als Kammerregalien zu bezeichnen.[3])

So heisst es sogar noch in einem Gutachten der vormaligen Gesetzeskommission für Sachsen vom 22. September 1813: „Allein nur die schiffbaren Flüsse und Kanäle sind in dem Sinne des Wortes öffentliche Flüsse, dass dem Landesherrn das Eigentum daran als ein Regale ausschliesslich zusteht, dem Publico aber nur der unschädliche Gebrauch unter gewissen vom Landesherrn festzusetzenden Bedingungen gestattet ist."

So wenig diese Auffassung der Regalien in deren Begriff gelegen war, so sehr war sie doch eine natürliche Folge. Denn als nach der Rezeption des römischen Rechtes die formalistisch gebildeten Juristen überall die römisch-rechtlichen Begriffe auf die deutschen Verhältnisse anzuwenden sich bestrebten, war es ganz selbstverständlich, dass sie auch die vom Staate beanspruchten Regalnutzungen den römischen Rechtsbegriffen anzupassen suchten. Da ihnen dies aber nicht ohne Weiteres gelang, so lag es nahe, auf das Eigentum zurückzugreifen und dem Staate ein Eigentum an denjenigen Gewässern zu vindizieren, an denen ihm Nutzungsrechte zustanden, d. i. also an den öffentlichen.[4])

---

[1]) Baron a. a. O. S. 285.

[2]) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, I. S. 567.

[3]) Wappaeus a. a. O. S. 74; Schwab im Beilageheft zum Archiv für die zivilistische Praxis XXX, S. 32 ff.

[4]) Heimbach, Artikel „Wasserrecht" in Weiskes Rechtslexikon XIV, S. 122 ff.

Niemals wurde das fiskalische Eigentum der Flüsse aus einer altdeutschen Rechtsgewohnheit abgeleitet, vielmehr stets aus dem römischen Rechte und aus der Feudalität, insbesondere aber aus dem Regalgesetz Kaiser Friedrichs I. In dieser Constitutio de regalibus vom Jahre 1158,[1]) welche übrigens in Deutschland nie Gesetzeskraft hatte, sondern nur für die Lombardei galt, werden unter den regalen Rechten des Kaisers aufgezählt: „flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia".

Wiewohl hiedurch nicht gesagt werden sollte, dass das Eigentum der schiffbaren Flüsse als Regal dem Kaiser gehöre, vielmehr für diesen nur die Hoheit über dieselben und die hieraus entspringenden nutzbaren Rechte, nämlich Zölle, sowie Abgaben für die Gestattung einer dem gemeinen Gebrauch hinderlichen Benutzung gewahrt werden sollten, so nahmen nichts desto weniger die späteren Juristen diese Worte buchstäblich, wozu sie wegen ihrer Auslegung des römischen Rechtes in Bezug auf das Staatseigentum der Flüsse um so mehr Recht zu haben glaubten, und kamen, wie wir kurz zuvor gesehen haben, dahin, dass sie Flussregal und Eigentum der Flüsse für Wechselbegriffe hielten.

V. Die Eigentumsverhältnisse an Gewässern in der neueren Wassergesetzgebung.

Das heute in Deutschland geltende Recht bezüglich der öffentlichen Gewässer ist äusserst verschiedenartig.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es abgelehnt, diese Materie einheitlich zu regeln. Vielmehr ist nach Art. 65 und 66 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche diese ganze wichtige Materie der Landesgesetzgebung überlassen, so dass leider die berechtigte Hoffnung, das Bürgerliche Gesetzbuch werde die Kardinalfrage zur Entscheidung bringen, ob Wasser überhaupt und insbesondere fliessendes Wasser und in welcher Ausdehnung Gegenstand des Eigentumserwerbes und -Besitzes sein könne, nicht erfüllt worden

[1]) Weiland, Monumenta Germaniae Historica, Legum Lectio IV, Tom. I p. 244.

ist. Damit ist der deutschen Landesgesetzgebung nicht nur eine Befugnis gewährleistet, sondern auch eine Aufgabe gestellt: die Aufgabe der Reform. Und zwar hätte eine solche Reform für grosse Teile Deutschlands gleichzeitig nach zwei Richtungen hin zu erfolgen. Einmal nämlich wäre die Rechtseinheit, deren Herstellung für das ganze Reich im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches als untunlich erkannt wurde, nunmehr wenigstens für jeden deutschen Einzelstaat zu erstreben. Ferner aber müssten diese Kodifikationen selbst auf Prinzipien aufgebaut werden, die von „der segenspendenden und länderverheerenden Doppelnatur des feuchten Elementes“ ausgehend den modernen Kulturbedürfnissen weiter entgegengekommen als das bisher geltende Recht. Denn noch behauptet die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Gewässern eine positivrechtliche Bedeutung, die je länger desto weniger mit den Grundsätzen der neuzeitlichen Volkswirtschaft in Einklang zu bringen ist. Das Prinzip der Öffentlichkeit aller fliessenden Gewässer entspricht allein den erhöhten Ansprüchen der Landwirtschaft und der Industrie, wie sie die Gegenwart erhebt, und nur dieses Prinzip lässt eine einfache Lösung der mannigfaltigen, jetzt noch auftretenden Wasserstreitigkeiten zu.

Wie bereits gesagt findet sich auch in der neueren Wassergesetzgebung der Gegensatz von öffentlichen und privaten Gewässern. Die Theorien, welche das römische und das deutsche Recht bezüglich der Gewässer aufgestellt haben, sind eben von der neuen Wassergesetzgebung aufgegriffen worden und haben hier ihren Niederschlag gefunden.

Diese Partikularrechte neueren Ursprunges lassen sich hinsichtlich der Eigentumsfrage an öffentlichen Gewässern in drei Systeme klassifizieren.

Die Mehrzahl der modernen Wassergesetzgebungen steht auf dem Standpunkt, dass die öffentlichen Flüsse nicht anders zu behandeln seien als wasserbedeckte Grundstücke, an denen Eigentum möglich sei, und sprechen dieses Eigentum dem Staate zu.

Innerhalb dieser Klasse von Wassergesetzgebungen müssen wir wieder zwei grosse Gruppen unterscheiden.

Die eine Gruppe beschränkt das staatliche Eigentum lediglich auf das Flussbett, während sie das fliessende Wasser auch in seiner Gesamtheit für unfähig erachtet, Gegenstand des Eigentumes zu sein, und dasselbe daher lediglich dem Hoheitsrechte des Staates unterstellt.

Hieher gehört das Wasserrecht des Grossherzogtums Hessen, welches durch das Gesetz vom 13. Juli 1887, das Dammbauwesen und das Wasserrecht in den Gebieten des Rhein, Main, Neckar und des schiffbaren Teiles der Lahn betreffend geregelt ist.

Der Artikel 48 Absatz I dieses Gesetzes sagt:

„Das Flussbett der schiff- oder flossbaren Flüsse, d. i. die Grundfläche, welche bei ordentlichem mittlerem Wasserstande vom fliessenden Wasser bedeckt wird, steht im Eigentum des Staates, unbeschadet des nach den bestehenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen geltenden gemeinen Gebrauchsrechtes."

Auf dem gleichen Standpunkte wie das hessische Gesetz von 1887 stehen die Ausführungsgesetze Elsass-Lothringens und Oldenburg-Birkenfelds zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Diese Gesetze kennen nur ein Eigentum des Staates an dem Flussbette öffentlicher Flüsse, nicht aber am fliessenden Wasser. Inbezug auf letzteres werden die öffentlichen Flüsse als öffentliches Gut erklärt, an welchem Rechte nicht erworben werden können.

„An Sachen, die zum öffentlichen Gute gehören, können Rechte nicht erworben werden.

Zum öffentlichen Gute gehören insbesondere die öffentlichen Wege, Strassen und Plätze, die schiff- oder flossbaren Wasserläufe — — —."[1])

Damit sind die öffentlichen Flüsse zu res extra commercium erklärt, weil es unmöglich ist, durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den Gemeingebrauch derselben zu beschränken.[2]) Ein Eigentümer ist damit aber noch nicht bestimmt.

[1]) § 44 A. G. für Elsass-Lothringen, § 9 A. G. für Oldenburg-Birkenfeld.

[2]) Aron, Gesetz betr. die Ausführung des B. G. B. in Elsass-Lothringen S. 48.

„Die öffentlichen Wege und Plätze, welche der Landesfiskus zu unterhalten hat, sowie das Bett der Flüsse, welche mit Schiffen oder zusammengebundenen Flössen befahren werden können, gehören zum Staatsgute.“ [1])

Damit ist also dem Staate das Eigentum am Bette der öffentlichen Flüsse zugesprochen, nicht aber am Flusse als Ganzem. Am fliessenden Wasser übt der Staat lediglich Hoheitsrechte aus.

Die andere Gruppe der modernen partikularen Wassergesetzgebungen betrachtet den Staat als Eigentümer des Flusses in seiner Gesamtheit, also als Eigentümer des Flussbettes und des darin zusammengehaltenen und sich darin fortbewegenden Wassers.

Hierher gehört das Allgemeine Landrecht Preussens, in dem es heisst:

„Die Land- und Heerstrassen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates.“ (Teil II, Titel 14, § 21.)[2])

Unter diesem „gemeinen Eigentum“ des Staates ist nach richtiger Anschauung Eigentum im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. Und zwar ergreift dieses Eigentum den Fluss in seiner Gesamtheit, da kein Anhaltspunkt gegeben ist, warum dasselbe zu einem Eigentum am Bette zusammenschrumpfen sollte.[3])

Auf dem gleichen Standpunkt steht das französische Recht. Artikel 538 des Code Napoléon bestimmt:

„Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme les dépendances du domaine public.“

[1]) § 48 A. G. für Elsass-Lothringen, § 14 A. G. für Oldenburg-Birkenfeld.

[2]) Geltung auch nach dem 1. Januar 1900: A. G. zum B. G. B. für Preussen, Art. 89 Ziffer 1c.

[3]) A. M. Rausnitz a. a. O. S. 533.

Dieser Artikel hat noch heute Gesetzeskraft in der Rheinprovinz,[1]) er galt in Elsass-Lothringen, sowie in Oldenburg-Birkenfeld bis zum 1. Januar 1900[2]) in der Rheinpfalz bis zum Inkrafttreten des bayerischen Wasserbenützungsgesetzes von 1852,[3]) in Rheinhessen bis zu jenem des hessischen Dammbauwesensgesetzes von 1887.[4])

Nach dem französischen Rechte war also der Staat Eigentümer der öffentlichen Flüsse.[5])

In diese Gruppe gehört ferner das badische Recht. Nach ihm sind öffentliche Flüsse, die nach ihrer Natur oder durch künstliche Veranstaltungen für den öffentlichen Verkehr mit Schiffen oder gebundenen Flössen benützbaren Flüsse und zwar von dem Punkte an, wo diese Benützbarkeit beginnt. (§ 1 Absatz I.) Als Bestandteile des öffentlichen Flusses gelten auch die Nebenarme, Sammelbecken, Zu- und Ableitungen (§ 1 Absatz 2).

Das Eigentum an den öffentlichen Flüssen steht dem Staate zu und zwar erstreckt sich dieses Eigentum auf das Bett und das darin zusammengehaltene oder fortgeleitete Wasser (§ 20).[6]) Dieses Eigentum ist privatrechtliches Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Endlich ist unter den Partikulargesetzgebungen, welche dem Staate an den öffentlichen Gewässern Eigentum, und zwar sowohl an dem Flussbette wie an der in demselben befindlichen Wassermasse einräumen, Bayern zu nennen.

Über die Bestimmungen des bayerischen Wasserrechtes bezüglich des Eigentumes an öffentlichen Gewässern wird im dritten Teil eingehend die Rede sein.

Im Gegensatze zu der Gruppe von Wassergesetzgebungen, welche auf dem Standpunkt stehen, dass die öffentlichen Ge-

[1]) Preussisches A. G. zum B. G. B. Art. 89 Ziff. 2.

[2]) A. G. zum B. G. B. für Elsass-Lothringen, in der durch Bekanntmachung vom 22. Dezember 1899 veröffentlichten Fassung; A. G. zum B. G. B. für Oldenburg-Birkenfeld §§ 90 Ziff. 1 und 91.

[3]) Art. 104 Wasserbenützungsgesetz.

[4]) Art. 59 Ziff. 3, 60 hessisches Gesetz betr. das Dammbauwesen.

[5]) Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft S. 205.

[6]) Schenkel, Wasserrecht S. 36, 105.

wässer nichts anderes seien als wasserbedeckte Grundstücke, an denen Eigentum möglich sei, welches sie dem Staate zuschreiben, steht jene Gruppe von modernen Wassergesetzen, welche sich den Grundsätzen des römischen Rechtes angeschlossen haben und welche auf dem Standpunkte stehen, dass das fliessende Wasser auch in seiner Gesamtheit unfähig sei, Gegenstand des Eigentumsrechtes zu sein und dass sich diese Eigenschaft auch auf das Flussbett beziehe. Diese Klasse von Wasserrechten billigt daher dem Staate bezüglich der öffentlichen Gewässer nur ein Hoheitsrecht zu.

So bilden nach dem Wassergesetze des Herzogtumes Braunschweig vom 20. Juni 1876 die öffentlichen Gewässer ein der allgemeinen Benutzung unterliegendes Gemeingut. Weder am Flussbette noch am Flusse als Ganzem steht dem Staate ein Eigentum zu. Die öffentlichen Gewässer sind lediglich den durch die Staatshoheit begründeten Rechten unterworfen (§ 2 Absatz 4).

Auch im Wassergesetze des Königreiches Württemberg hat es der Gesetzgeber abgelehnt, dem Staate ein Eigentum an den öffentlichen Gewässern zuzuschreiben, von der Annahme ausgehend, dass am Hauptbestandteile der fliessenden Gewässer, dem Wasser, weder die Ausübung des Besitzes noch die der Rechte des Eigentümers möglich ist.[1])

Nach Artikel 1 Abs. 2 des Württembergischen Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 sind die öffentlichen Gewässer nach Massgabe der näheren Bestimmungen des Gesetzes dem Gemeingebrauch unter Aufsicht der Staatsgewalt überlassen. Auch an dem Bette der öffentlichen Gewässer kann grundsätzlich Eigentum nicht bestehen. Das Bett öffentlicher Gewässer dient dem öffentlichen Gebrauche (Art. 7). Grundsatz des Württembergischen Wassergesetzes ist demnach, dass die öffentlichen Gewässer als öffentliche Sachen lediglich dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen sind.

[1]) Verhandlungen der württembergischen Kammer der Standesherrn 1899/1900, Protokoll-Bd. S. 719.

III. Teil.

Das Eigentum an den öffentlichen Gewässern in dem Wassergesetze des Königreichs Bayern vom 23. März 1907.

I. Rechtliche Natur des Eigentumes an den öffentlichen Gewässern.

A. Allgemeines.

Das Wasserbenützungsgesetz von 1852 unterscheidet öffentliche und Privatgewässer und bezeichnet in seinem Artikel 2 als öffentliche Gewässer die Flüsse und Flussteile, welche zur Schiff- oder Flossfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht der Schiff- oder Flossfahrt dienen.

Die rechtliche Natur dieser öffentlichen Gewässer definiert das Wasserbenützungsgesetz folgendermassen: Die öffentlichen Gewässer bilden ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut.“ [1]) Dieses Recht des Staates bezieht sich nicht nur auf den Fluss als den Inbegriff des frei fliessenden Wassers, sondern auch auf das Flussbett, welches aus dem durch die beiden Uferlinien begrenzten Flussboden besteht, während die Ufer den Eigentümern der anliegenden Grundstücke gehören (Art. 18 Abs. 1). Wird ein Privatfluss in einen öffentlichen Fluss verwandelt, so hört das Eigentum der Anlieger an dem Flussbett auf und geht ohne Entschädigung auf den Staat über (W. B. G. Art. 6). Es ist das ein Fall unentgeltlicher Zwangsenteignung.

In dem Artikel 1 des Wasserbenützungsgesetzes von 1852 ist jedoch bezüglich der Eigentumsfrage an den öffentlichen Gewässern keine ausdrückliche klare Bestimmung getroffen.

Die Motive zum Wasserbenützungsgesetz (S. 143) geben uns Aufschluss darüber, was das Gesetz in seinem Artikel 1 sagen will.

[1]) Artikel 1 des Wasserbenützungsgesetzes.

„Die Römer betrachteten die Flüsse nicht als Domaine, sondern als Gemeingut (res publica), wonach nach der bei allen Völkern geltenden Ansicht, jure gentium, einem jeden im Volke der Gebrauch offen stehe, wie an den öffentlichen Strassen. Deshalb war auch die Fischerei in denselben freigegeben und das verlassene Flussbett blieb den Uferbesitzern als herrenloses Gut überlassen."

Im Mittelalter habe sich diese Auffassung unter dem Einfluss des Feudalwesens geändert und es sei die Theorie vom Staatseigentum im engeren Sinne aufgekommen. Der Entwurf halte an der Auffassung der öffentlichen Flüsse als eines Staatsgutes fest, welches — im Gegensatze zu den Domainialgütern (dem Staatsprivateigentum) — zur allgemeinen Benützung bestimmt sei, jedoch in der Art, dass der Staatsregierung nicht nur die Regelung und Leitung dieser Benützung zustehe, sondern auch die Festsetzung besonderer Beschränkungen derselben vorbehalten sei. Durch diesen Vorbehalt unterscheide sich die Bestimmung des Artikel 1 des Wasserbenützungsgesetzes von dem angeführten Systeme des römischen Rechts.

Obwohl hiernach der Gesetzgeber den Gedanken eines wirklichen Staatseigentumes von sich wies, hat später die Judikatur[1]) trotzdem die betreffende Bestimmung des Wasserbenützungsgesetzes dahin interpretiert, dass die öffentlichen Flüsse Eigentum des Staates im zivilrechtlichen Sinne seien.

Das neue bayerische Wassergesetz vom 23. März 1907 hält an der bisherigen Einteilung der Gewässer in öffentliche und private fest und der Artikel 1 des Gesetzes sagt:

„Öffentliche Gewässer sind die Flüsse und Flussteile, welche zur Schiff- oder Flossfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- oder Flossfahrt dienen (öffentliche Flüsse), dann die vom

[1]) Urteile des Obersten Landesgerichtes vom 24. November 1877 und vom 17. Januar 1891, Sammlung VII, S. 55, XIII, S. 279. Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, Band XXV, S. 136.

Staate errichteten Kanäle, soweit sie durch die Staatsregierung der Schiff- oder Flossfahrt eröffnet sind."

Bezüglich der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Gewässern ist das neue Wassergesetz der Judikatur gefolgt, welche — wie oben bereits erwähnt — den Artikel 1 Abs. 1 des Wasserbenützungsgesetzes entgegen dem Sinne der Motive dahin interpretierte, dass die öffentlichen Gewässer Eigentum des Staates im zivilrechtlichen Sinne seien.

Der Artikel 2 des neuen Gesetzes sagt ausdrücklich: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates."

Damit werden, wie die allgemeine Begründung des Entwurfes auf Seite 59 besagt, die Gewässer als Staatseigentum in zivilrechtlichem Sinne erklärt. Eine Neuerung sollte hiedurch allerdings gegenüber dem bisherigen Zustande nicht geschaffen werden, sondern es sollte bloss das Rechtsverhältnis, wie es durch die Praxis und die Rechtsprechung zum Ausdruck gekommen ist, klarer bezeichnet werden. Tatsächlich ist also durch den Artikel 2 des neuen Wassergesetzes an dem bisherigen Zustande nichts geändert worden. Die Bedeutung des Artikel 2 liegt vielmehr in den Konsequenzen, die an anderen Stellen des neuen Wassergesetzes daraus gezogen worden sind, dass das neue Gesetz ausdrücklich das zivilrechtliche Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern anerkennt. Diese Schlussfolgerungen sind die Ausdehnung der Konzessionspflicht auf jede Art von Wasserbenützung durch besondere Anlagen und die Erhebung von eigentlichen Benützungsgebühren im Gegensatz zu blossen Rekognitionsgebühren.[1])

Der Standpunkt, von dem sich das neue Wassergesetz leiten liess, als es die öffentlichen Gewässer ausdrücklich als Eigentum des Staates erklärte, war eben der,[2]) „die Staatsregierung in die Lage zu versetzen, insbesondere die Wasserkräfte der öffentlichen Gewässer dem öffentlichen Wohle un-

[1]) Frhr. v. Malsen, Bericht an den VIII. Ausschuss d. K. d. A. über den Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern, S. 5.

[2]) Söldner, Bericht an den XXV. Ausschuss d. K. d. A. über den Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern, S. 7.

eingeschränkt dienstbar zu machen, ohne zu dem bedenklichen Mittel der Monopolisierung greifen zu müssen, und ihr ferner die Möglichkeit zu geben, im Falle einer lukrativen Ausnützung dieser Wasserkräfte für die Privatindustrie entsprechende Gebühren für die Benützung staatlichen Eigentums zu erheben." Denn aus dem Wasserbenützungsgesetz (Artikel 1 Abs. 1) konnte eine Befugnis des Staates zur Ansetzung einer eigentlichen Gebühr für die Benützung öffentlicher Flüsse nicht abgeleitet werden.

Über die Rechtsnatur des Begriffes „ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut", den das Wasserbenützungsgesetz von 1852 inbezug auf die öffentlichen Gewässer geschaffen hat, herrscht in der Doktrin ein bei der Vielseitigkeit des Ausdruckes „Staatsgut" erklärlicher und einer zweifelsfreien Entscheidung kaum fähiger Streit.

Die einen (so auch die Praxis der bayerischen Gerichte[1]) wollen den Ausdruck „Staatsgut" als ein Eigentum im technischen, zivilrechtlichen Sinne aufgefasst wissen und sagen, kraft des gemeinen Eigentumes stünden dem Staate an den öffentlichen Gewässern gewisse Nutzungsrechte an sich privatrechtlicher Natur ausschliesslich zu, und diese seien es eigentlich, die den Inhalt des Eigentumes bildeten.[2])

Nach anderen bildet das sog. Staatsgut lediglich ein Konglomerat von privatrechtlichen Nutzungs- und öffentlichen Hoheitsrechten. So sagt zum Beispiel der Entwurf zum preussischen Wassergesetz, S. 92: „Unter gemeinem Eigentum des Staates wird die Gesamtheit der dem Staat daran zustehenden Nutzungsrechte begriffen. Diese Rechte bestehen in der Befugnis des Staates, den Gemein-

[1]) Urteile des bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 24. November 1877 und vom 17. Januar 1891, Sammlung VII, S. 55, XIII, S. 279. Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes Bd. XXV, S. 136.

[2]) So Nieberding Frank, Wasserrecht und Wasserpolizei im preussischen Staate, S. 65, II. Aufl. „Kraft des gemeinen Eigentumes stehen dem Staate an diesen Gewässern gewisse Nutzungsrechte an sich privatrechtlicher Natur ausschliesslich zu, und diese sind es eigentlich, welche den Inhalt jenes Eigentumsrechtes bilden." Ferner Peyrer a. a. O. S. 110. Roth, Bayerisches Zivilrecht, § 284.

gebrauch den allgemeinen Interessen entsprechend zu regeln und in gewissen ihm vorzugsweise gebührenden Nutzungen."

Einer dritten Ansicht zufolge sind die Rechte, welche aus dem Staatseigentum fliessen, niemals zivilrechtlicher Natur, sondern stellen sich vielmehr inhaltlich als rein hoheitliche Befugnisse dar.[1])

Die französische Doktrin endlich hat den Begriff eines öffentlichen Staatseigentumes ausgebildet. Dasselbe charakterisiert sich dadurch, dass es der Anwendbarkeit des Zivilrechtes entzogen und statt dessen dem Gebiet des öffentlichen Rechtes zugewiesen wird.[2])

So bestritten in der Doktrin die Rechtsnatur des Begriffes „ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut" ist, ebenso umstritten und wohl kaum zu entscheiden ist die Frage des „Eigentums an den öffentlichen Gewässern" in dem neuen bayerischen Wassergesetze vom Jahre 1907.

Ist das „Eigentum", von dem das neue Wassergesetz in seinem Artikel 2 spricht, wirklich ganz gleichbedeutend mit dem zivilrechtlichen Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuches oder — besser gesagt — kann es mit diesem überhaupt seinem ganzen Wesen nach identisch sein oder bedeutet dieses „Eigentum" des Artikel 2 des Wassergesetzes irgend etwas anderes, was von dem privatrechtlichen Eigentum mehr oder weniger verschieden ist?

Hierüber sind verschiedene Theorien aufgestellt worden. Die einen stehen auf dem Standpunkt der Motive zum neuen Wassergesetz und der Judikatur und halten an der Ansicht fest, dass das Recht des Staates an den öffentlichen Gewässern, das der Artikel 2 des neuen Wassergesetzes mit dem Namen „Eigentum" bezeichnet, tätsächlich gewöhnliches Privat-

[1]) So Schwab a. a. O. S. 57 Note 81.

[2]) Mayer, Franz. Verwaltungsrecht, § 35 S. 227 ff. Ferner wird dieser Begriff anerkannt von Dutour, Droit administratif Nr. 434, S. 435, dann von Schenkel, Das badische Wasserrecht, S. 6 und 7. Anderer Meinung: Proudhon, „Domaine public", Nr. 202, und Merlin, „Repertoire de la iurisprudence". Nach ersterem ist der Staat nur Stellvertreter der Allgemeinheit, „le gouvernement n'exerce qu'un possessoire de protection et non de propriété. Nach letzterem sind die Sachen du domaine public res nullius.

eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, welches in seiner regelmässigen Wirksamkeit durch die Bestimmung seines Objektes zum Gemeingebrauch etwas zurückgedrängt ist, aber mit dem Wegfall jener Bestimmung sofort wieder vollwirksam hervortritt.

Andere sagen, dieses Eigentum sei kein gewöhnliches Privateigentum, sondern ein öffentliches Staatseigentum, das der Anwendbarkeit des Zivilrechtes entzogen und dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zugewiesen sei.

Eine dritte Meinung endlich streitet ebenfalls diesem „Eigentum" die Qualität des zivilrechtlichen Eigentumes ab und behauptet, dieses Eigentum des Staates bedeute nichts anderes als dessen Hoheitsrecht.

Im Folgenden sollen nun diese drei Theorien einer eingehenden Würdigung unterzogen werden.

B. Die Theorie vom Eigentum im zivilrechtlichen Sinne.

Was zunächst die Theorie derer anlangt, welche unter dem Begriff „Eigentum" ein Eigentum im technischen Sinne, im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches verstehen, so ist über dieselbe Folgendes zu bemerken.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns — wie bereits oben bemerkt — keine Definition des Eigentums. Es sagt im § 903: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschliessen."

Der Eigentümer kann also mit seiner Sache schalten und walten wie er will, es sei denn, dass sich ihm ein an der nämlichen Sache bestehendes Recht eines anderen oder eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung entgegenstellt.[1]) Insbesondere ist er vorbehaltlich der Rechte anderer und der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen befugt, die Sache zu besitzen, sie nach Willkür zu gebrauchen und zu nutzen, sie nach Willkür zu verändern oder gar zu zerstören, rechtlich über sie zu verfügen, Eingriffe anderer von ihr abzuhalten.

[1]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd. II, S. 100.

Schon bei einer oberflächlichen Betrachtung muss es jedem klar werden, dass die angeführten Wirkungen des Eigentums auf die öffentlichen Gewässer unmöglich anwendbar sind, dass bei einer Anwendung der aufgestellten Merkmale des Eigentumes die anscheinend so tief gezogenen Unterschiede zwischen den öffentlichen und den privaten Gewässern fast ganz verschwinden, und wir müssen zu der Ansicht kommen, dass diese Begriffe hier eine ganz andere Bedeutung annehmen als jene, welche das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Eigentumsbegriffe verbindet. Nehmen wir an, der Begriff „Eigentum", unter welchem das Wassergesetz die Rechte des Staates an den öffentlichen Flüssen zusammenfasst, beziehe sich auf den Fluss in seiner Totalität, also nicht nur auf das Flussbett, sondern auch auf das darin zusammengehaltene und sich darin fortbewegende Wasser, so ist eine Identifizierung des Begriffes „Eigentum", wie er sich im Artikel 2 des Wassergesetzes findet, mit dem Eigentumsbegriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches ohne Zweifel aus dem im Folgenden ausgeführten Grunde ausgeschlossen.

Das Eigentum ist die ausschliessliche rechtliche Herrschaft über eine Sache.[1]) Eine notwendige Voraussetzung dieser Herrschaft, ohne welche dieselbe gar nicht ausgeübt werden kann, ist aber der Besitz, sei es in eigener Person, sei es durch einen Anderen. Der Besitz selbst ist nichts anderes als die tatsächliche Gewalt über eine Sache (§ 854 des B. G. B.). Durch den Verlust dieser tatsächlichen Gewalt geht daher der Besitz und damit das Eigentum selbst verloren (§ 856 B. G. B.). Das Eigentum an einem Gewässer kann also nur so weit reichen, als ein Besitz daran möglich ist. Was nicht Gegenstand des Besitzes sein kann, das untersteht auch nicht dem Eigentum.

Nun ist es zwar wohl möglich,[2]) kleinere Wassermengen zu fangen oder sich solcher, wenn sie sich auf natürlichem Wege in geschlossenen Behältern oder Bodenvertiefungen gesammelt haben, zu bemächtigen und dieselben tatsächlich als körperliche Sachen auch der privatrechtlichen Verfügungsgewalt

[1]) Eymann a. a. O. S. 165.

[2]) Vergleiche die Ausführungen auf Seite 13 ff.

zu unterwerfen. Allein die fliessende Welle oder die Wassermasse eines grossen Sees privatrechtlich zu beherrschen, ist unmöglich, da das fliessende Wasser sich in jedem Augenblicke der Verfügung entzieht, sich stets erneuert und daher niemals von einem Menschen in den ausschliessenden Besitz genommen werden kann. Von einem Besitze kann gar keine Rede sein und damit auch von keinem Eigentum, da hier eine bestimmte, räumlich begrenzte Sache fehlt, über deren Substanz verfügt und von deren Gebrauch jeder andere ausgeschlossen werden kann.

Der Ausdruck „Eigentum" kann aber auch dann nicht im Sinne von „Staatseigentum" im privatrechtlichen Sinne oder — mit einem Worte gesagt — von Staatsprivateigentum verstanden werden, wenn wir annehmen, dass nur das Flussbett, nicht auch die darin enthaltene und sich fortbewegende Wassermasse der öffentlichen Flüsse von diesem Rechte des Staates, welches das Gesetz als „Eigentum" bezeichnet, umfasst wird. Denn es fehlen diesem Rechte des Staates, wie wir im Folgenden sehen werden, verschiedene Merkmale, die dem Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches als wesentliche innewohnen.

Wohl kann der Staat so gut wie jede Privatperson Eigentümer sein. Dieses Eigentum des Staates ist genau so beschaffen wie das ziviirechtliche Eigentum, d. h. es ist Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Maurenbrecher[1]) definiert dieses „Staatsprivateigentum" ganz richtig als das „Eigentum der moralischen Person des Staates".

Dieses Eigentum zeigt verschiedene unterscheidende Merkmale.[2]) Vor allem wird durch dasselbe die Gesamtheit der Staatsuntertanen von dem Gebrauch der Sache, die dem Eigentum des Staates unterliegt, ausgeschlossen. Der Gebrauch dient lediglich zum Nutzen der moralischen Person des Staates (des Fiskus, der Finanzverwaltung) und daher nur mittelbar zu dem der Staatsangehörigen.

---

[1]) Maurenbrecher, Lehrbuch, § 176 Note 1.

[2]) Schwab a. a. O. S. 48.

Ferner sind die Gegenstände dieses „Staatsprivateigentums“ nicht res extra commercium. Zwar behaupten die Rechtslehrer gewöhnlich die Unveräusserlichkeit des Staatseigentumes, namentlich des Domanialbesitzes und auch in vielen Staatsgrundgesetzen ist dieselbe ausdrücklich ausgesprochen.[1]) Diese Unveräusserlichkeit ist jedoch nicht so zu verstehen, dass die einzelnen Objekte res extra commercium wären, sondern nur so, dass das Vermögen seinem qualitativen und quantitativen Bestande nach nicht verringert werden dürfe. Hiedurch ist eine Veräusserung, Vertauschung etc. der einzelnen Objekte nicht ausgeschlossen. Diesem Grundsatze der Unveräusserlichkeit unterliegt ein politisches staatswirtschaftliches Motiv, welches auf die juristische Natur der Gegenstände des Staatsvermögens ohne Einfluss ist. Es kann demnach die Unveräusserlichkeit der letzteren nicht aus einer rechtlichen Eigenschaft derselben abgeleitet werden.

Daraus, dass die zum Staatsvermögen im engeren Sinne, d. h. zum Staatsprivateigentum gehörigen Gegenstände keine eigentlichen öffentlichen Sachen, nicht extra commercium sind, folgt nun als drittes unterscheidendes Merkmal, dass der Staat in Beziehung auf dieselben in dem Rechtsverhältnis eines Privatmannes sich befindet, d. h. dass seine Rechte und Verbindlichkeiten nach den gewöhnlichen, allgemein gültigen Grundsätzen des Privatrechtes sich normieren, dass er vor den ordentlichen Zivilgerichten Recht geben und nehmen muss.

Wenn nun nach dem oben Bemerkten die öffentlichen Gewässer keinen Teil des soeben näher bezeichneten Staatsvermögens bilden, so müssen die angeführten drei Merkmale bei denselben nicht zutreffen, d. h. es muss erstens die Gesamtheit der Untertanen von ihrem Gebrauch nicht ausgeschlossen und es darf der letztere nicht allein zum Nutzen der moralischen Person des Staates bestimmt sein, dagegen müssen zweitens die öffentlichen Gewässer wahre res extra commercium sein und es muss der Staat in Beziehung auf dieselben drittens nicht in dem Rechtsverhältnis des Privat-

[1]) So z. B. Bayerische Verfassungsurkunde Titel III, § 1 ff.

mannes stehen, seine Rechte und Verbindlichkeiten dürfen sich nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes regeln, er kann in Beziehung auf dieselben nicht verbunden und befugt sein, vor den ordentlichen Gerichten Recht zu geben oder zu nehmen.

Dieses Ergebnis aus dem Prinzipe stimmt jedoch nicht mit den Rechtsverhältnissen inbetreff der öffentlichen Gewässer, wie solche tatsächlich vorliegen, ganz zusammen.

Was zuerst den Gebrauch betrifft, so sind zwar von demselben die Untertanen nicht ganz ausgeschlossen, indem den letzteren an allen öffentlichen Gewässern gewisse Nutzungen unbedingt frei stehen; dagegen werden andere, und zwar gerade die wichtigsten Nutzungsrechte, insbesondere die Benutzung des Wassers zur Schiffahrt, zum Mühlenbetriebe wohl nicht als ausschliessliche Rechte des Staates betrachtet, aber doch hinsichtlich der Ausübung vom Staate beschränkt und die Gestattung des Gebrauches wird als Einnahmequelle benutzt.

Sodann kann zwar nicht in Abrede gestellt werden, dass die öffentlichen Gewässer auch in der Praxis als öffentliche Sachen und insoferne ausser dem privatrechtlichen Verkehr (extra commercium) betrachtet werden, als sie namentlich nicht in dem Privateigentum erscheinen. Demungeachtet befinden sich viele Nutzungsrechte, z. B. das Recht des Mühlenbetriebes, im Privatverkehr, insoferne sie an Private und von Privaten veräussert, verkauft, vertauscht, vererbt etc. werden.

Endlich ist zwar der Staat, was diejenigen öffentlichrechtlichen Befugnisse und Verbindlichkeiten betrifft, welche ihm inbezug auf die öffentlichen Gewässer als solche, d. h. als öffentliche Sachen im strengen eigentlichen Sinn des Wortes zustehen und obliegen, nicht in dem Rechtsverhältnisse des Privatmannes und hat insoweit auch die Autorität der Zivilgerichte nicht anzuerkennen. Er kann aber in Hinsicht auf seine Nutzungsbefugnis an den öffsntlichen Gewässern in privatrechtliche Verhältnisse treten, Rechte und Verbindlichkeiten haben, worüber im streitigen Fall die ordentlichen Zivilgerichte zu erkennen befugt sind.

Um diese Widersprüche zu erklären, müssen wir die Natur der soeben erwähnten Nutzungsrechte etwas näher prüfen, insbesondere nach ihrem Rechtsgrunde uns umsehen.

Da dieselben, wie vorhin bemerkt wurde, mit dem, was aus der rechtlichen Natur der Gewässer als öffentliche Sachen im strengen Sinne des Wortes folgt, im Widerspruche stehen, so müssen sie auf einem anderen Grunde beruhen, der notwendig ein äusserer, zufälliger, ein historischer Entstehungsgrund sein wird.

So verhält es sich auch wirklich.

Die Fürsten waren es in Deutschland, die gewisse Nutzungsrechte der grösseren Flüsse und Ströme ausübten und denen der Vorteil dieser Nutzungsrechte zufiel. Der Einzelne konnte zu diesen Nutzungen in der Regel nur dadurch gelangen, dass er den Schutz des Regenten nachsuchte, welcher ihm nur gegen Abgaben bewilligt wurde. Dazu kam noch, dass die Hoheit inbetreff der Flüsse, die den Fürsten zukam, infolge einer Verwechslung dieser Rechte mit denen des Eigentümers bald als eine Quelle von Einnahmen für den Staatsschatz benützt wurde. Auf diese Weise wurden viele Nutzungen der Flüsse, welche ihrer Natur nach dem freien Gebrauch der Untertanen anheimgegeben sein sollten und es auch teilweise wirklich waren, nach und nach zu Vorrechten des Regenten, zu Regalien.

Bald wurde die im langobardischen Lehensrechte sich findende Rechtsansicht, Einkünfte aus öffentlichen Strömen zu den Regalien zu rechnen, zu Hilfe genommen und die Juristen bemühten sich, durch Vermengung von wahren Eigentumsrechten, Hoheits- und Schutzrechten des Regenten und von Regalien die Regalitätstheorie zur Vollendung zu bringen.

Aus dem Gesagten geht nun aber deutlich hervor, dass die bestehenden Rechtsverhältnisse, insoweit sie mit den oben angegebenen Grundregeln im Widerspruche stehen, stets als Ausnahmen von der Regel betrachtet werden müssen, nicht aber bei der Lehre von den an öffentlichen Gewässern geltenden Rechtsgrundsätzen zugrunde gelegt werden dürfen.

Allein ganz abgesehen von jenen hergebrachten Privatrechten, welche im Hinblick auf die Natur der öffentlichen Gewässer für eine Anomalie erklärt wurden: der Begriff „Eigentum“, unter welchem das Wassergesetz in seinem Artikel 1 die Rechte des Staates an den öffentlichen Gewässern zusammen-

fasst, ist schon seinem ganzen Wesen nach ein anderer als der des Privateigentumes im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Zwei Hauptwirkungen des zivilrechtlichen Eigentumes sind es insbesondere, welche dem „Eigentum“ im Sinne des Wassergesetzes fehlen: Das unbeschränkte Verfügungsrecht über die Sache und als dessen Folge das Veräusserungs- und das Benutzungsrecht. Kraft seines Eigentumsrechtes kann der Eigentümer über den seinem Eigentum unterworfenen Gegenstand disponieren, wie er will: er kann ihn einem anderen übertragen, er kann ihn veräussern oder doch in Beziehung auf denselben einzelne Befugnisse an andere abtreten oder — mit anderen Worten gesagt — er kann den Gegenstand mit dinglichen Lasten belegen. Kraft seines Eigentumsrechtes kann der Eigentümer jeden anderen von jedem Gebrauche des seinem Eigentum unterworfenen Gegenstandes ausschliessen.

Ganz anders bei dem „Eigentum“, welches das Wassergesetz dem Staate an den öffentlichen Gewässern einräumt.

Hier ist der Staat durch die rechtliche Natur und durch den Zweck, zu welchem die dem Staatsgut unterworfenen Gegenstände vorhanden sind, in den beiden genannten Beziehungen beschränkt. Vermöge der rechtlichen Natur ist die Sache eine öffentliche und hat der Staat an dieselbe nur als solche ein Recht. Sie kann, ohne diese Eigenschaft zu verlieren nicht veräussert, d. h. von einer öffentlichen zu einer nicht öffentlichen, zu einer privaten gemacht werden. Es kann ferner aus dem Recht an die Sache als öffentliche nur das Recht abgeleitet werden, über dieselbe in dieser Eigenschaft zu verfügen, nicht aber in einer anderen Eigenschaft, d. h. in der Eigenschaft als Privatsache. Aus dem Rechte des Staates, seinem Eigentum, können vorhandene Privatrechte einzelner Staatsbürger inbetreff der Benützung der öffentlichen Gewässer überhaupt nicht abgeleitet werden, insoferne das Staatsgut die Befugnis einer privatrechtlichen Verfügung und daher auch einer Veräusserung dem Staate nicht erteilen konnte.

Eine zivilrechtliche unbeschränkte Dispositionsbefugnis ist aber auch dem Zweck, zu welchem der Gegenstand vorhanden ist, zuwider.

Das Staatseigentum ist für den Gebrauch der sämtlichen Staatsbürger bestimmt. Daher ist eine Verfügung vonseiten des Staates, welche gerade diesen allgemeinen Gebrauch unmöglich macht, indem sie die Benutzung ganz oder teilweise für sich allein in Anspruch nimmt oder einem einzelnen als ausschliessliches Recht überträgt, der rechtlichen Bestimmung desselben widersprechend. Der Staat kann kraft seines Rechtes an den öffentlichen Gewässern keinen seiner Untertanen von der natürlichen, dem Zwecke der öffentlichen Gewässer entsprechenden Benutzung ausschliessen. Es kann also ein ausschliessliches Recht der Staatsgewalt selbst, vermöge dessen dieselbe befugt ist, den Gebrauch der öffentlichen Gewässer sich allein anzueignen oder ihn den Staatsangehörigen nur gegen ein bestimmtes Entgelt zu gestatten, auf das Staatseigentum nicht zurückgeführt werden; denn kraft des letzteren kann der Staat überhaupt keinen seiner Untertanen von der natürlichen, dem Zwecke der öffentlichen Gewässer entsprechenden Benutzung ausschliessen.

Damit ist wohl die Ansicht, dass das Recht des Staates an den öffentlichen Gewässern, welches der Artikel 2 des Wassergesetzes mit dem Namen Eigentum bezeichnet, tatsächlich gewöhnliches Privateigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, zur Genüge widerlegt.

C. Die Theorie vom öffentlich-rechtlichen Eigentum.

Die zweite Theorie betrachtet das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern nicht als gewöhnliches Privateigentum, sondern als öffentliches Staatseigentum, das der Anwendbarkeit des Zivilrechtes entzogen und dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zugewiesen ist.

Dieser Begriff des sog. „öffentlich-rechtlichen Eigentumes“ verdankt seine Entstehung der französischen Verwaltungsrechtswissenschaft. Diese bildete im Anschluss an die Bestimmung des Artikel 538 des Code Napoléon, welche unter anderem die schiff- und flossbaren Ströme und Flüsse

und überhaupt alle Teile des Staatsgebietes, welche nicht Gegenstand des Privateigentumes sein können, für Bestandteile des Domaine public,[1]) des „öffentlichen“ oder „öffentlich-rechtlichen“ Eigentums im Gegensatz zum Privateigentum, dem Domaine privé, erklärte.

Domaine public ist also ein Eigentum des Staates, welches dem öffentlichen Recht unterliegt.

Das Eigentum unterliegt in der Regel dem Privatrechte. Um es über das Privatrecht zu erheben, muss ein Wille des Staates darin zum Ausdruck kommen, der mit dessen hoheitlicher Natur zusammenhängt. Dann wird das Eigentum von selbst öffentlich-rechtlich. Dieses Erfordernis findet man darin, dass die Sache des Staates einer öffentlichen Anstalt gewidmet sei, affecté à un service public. Dazu genügt aber nicht, dass die Sache der öffentlichen Anstalt dient. Der Zusammenhang der Sache mit dieser muss ein innigerer sein. Die Sache muss der öffentlichen Anstalt ganz und dauernd gehören, sie muss ihr unmittelbar dienen, sie muss geradezu die öffentliche Nützlichkeit gewähren, welche die öffentliche Anstalt ausmacht, kurz gesagt —: die Sache muss selbst die öffentliche Anstalt sein.

Dem öffentlichen Eigentum unterliegen also[2]) einerseits natürliche öffentliche Sachen, welche wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht im Privateigentum stehen können, andererseits solche — durch Menschenhand geschaffene —, welche durch positive gesetzliche Bestimmung beziehungsweise wegen ihrer besonderen Widmung dem Privatverkehr entzogen sind.[3])

Den Gegensatz zu dem erwähnten Fall, wo die Sache selbst die öffentliche Anstalt ist, bildet der Fall, wo sie nur den Boden, das Obdach, die geschlossenen Räume gewährt

---

[1]) Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechtes 8. Aufl., I S. 301; Otto Mayer, Theorie des französichen Verwaltungsrechtes S. 228 ff.

[2]) Max Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes, 1902, S. 625.

[3]) Gaudry, Traité du domaine I, n. 266: „il existent deux sortes de biens publics: les uns par leur nature, les autres par la destination du gouvernement.

für die eigentliche öffentliche Anstalt, welche in persönlichen Dienstleistungen dort sich entwickelt oder vorbereitet.[1])

Am deutlichsten tritt die selbständige Natur der Sache als öffentlicher Anstalt da hervor, wo ihre Nützlichkeit verwirklicht wird durch den usus publicus: Meeresstrand, Strassen, Flüsse, öffentliche Anlagen und Brunnen sind deshalb auch die Hauptbeispiele.

Nach manchen Schriftstellern wäre die Widmung für den Gebrauch von jedermann sogar das eigentliche Merkmal des öffentlichen Eigentumes. Die Mehrzahl sieht darin aber nur eine Form, in welcher sie dient, neben anderen. Jedenfalls aber ist es ein Irrtum, den Schwerpunkt des Begriffes des öffentlichen Eigentumes in den usus publicus zu legen. Man müsste ja dann alle Fälle, wo solches vorhanden ist ohne usus publicus, für Ausnahmen erklären. Der Staat übt durch die Sache öffentliche Anstaltstätigkeit: Wille des Staates und entsprechende Beschaffenheit der Sache, animus und corpus, sind die beiden Voraussetzungen, welche dem also erscheinenden Eigentum die Natur des öffentlichen geben. Das zeigt sich bei einem Wechsel dieser Eigenschaft.

Wie bereits oben bemerkt wurde, gibt es ein natürliches öffentliches Eigentum, bei welchem ein solcher Wechsel nicht leicht möglich ist. Hiezu zählen z. B. der Meeresstrand, die öffentlichen Gewässer. Die vollziehende Gewalt hat hier keine Ermächtigung, den Willen zu ändern, und die Beschaffenheit entgeht tatsächlich der Beeinflussung. Wo eine solche möglich ist — man denke etwa an die Schiffbarmachung eines Flusses — vollzieht sich auch sofort der Wechsel; der Fluss z. B. wird sofort öffentliches Eigentum.

Andere Sachen erhalten die Eigenschaft, öffentliches Eigentum zu sein, ihrer Natur gemäss erst durch den Willen der Verwaltung, welcher sie zur öffentlichen Anstalt macht. Dazu genügt aber kein blosser abstrakter Willensakt. Die Sache muss vielmehr auch die äussere Herrichtung bekommen, in welcher sie als öffentliche Anstalt erscheint. Das Grundstück z. B., welches zu einer Strasse bestimmt wird, bleibt

[1]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, 1886, S. 230.

zunächst noch Privateigentum des Staates. Erst wenn die Arbeiten gemacht sind, durch die es äusserlich das Gepräge seiner Bestimmung erhält, erhält auch der Besitz des Staates daran für sich allein schon die öffentlich-rechtliche Natur. Umgekehrt kann die Verwaltungsbehörde einer solchen Sache die Eigenschaft, öffentliches Eigentum zu sein, wieder entziehen. Dazu ist aber nicht notwendig, dass infolge ihres Entschlusses die äussere Gestalt der Sache verändert wird, dass sie eine öffentliche Anstalt nicht mehr vorstellt. Die blosse abstrakte Willenserklärung genügt in Gestalt eines arrêté de déclassement, eines Ausreihungsbeschlusses. Mit dem Aufhören des entsprechenden Willens des Staates ist eine der beiden wesentlichen Voraussetzungen des öffentlichen Eigentumes und damit dieses selbst zerstört. Die bisherige Strasse z. B. wird sofort Privateigentum des Staates oder der Gemeinde, wem eben die Anstalt gehörte. Eine Willensäusserung der letzteren Art kann auch stillschweigend geschehen.

Wie oben bereits bemerkt wurde, ist der Umfang dessen, was unter den Begriff der Domaine public fällt, ziemlich streitig und teilweise recht zweifelhaft. Nicht viel weniger bestritten ist die rechtliche Konstruktion des Domaine public.

Die einen leugnen ein Eigentum (propriété) an den zum Domaine public gehörigen Sachen überhaupt und sprechen dem Staat lediglich ein Hoheitsrecht über dieselben zu. Andere Autoren — und dies ist die herrschende Ansicht — halten an dem Eigentum des Staates beziehungsweise des Trägers der öffentlichen Verwaltung (Gemeinde etc.) fest. Dieses Eigentum wird mit dem Droit de souverainété, welches dem Staat über die öffentlichen Sachen zusteht, in Verbindung gebracht.[1]) Dem Staate steht, wie die Praxis sich auszudrücken

[1]) So äussert sich Champagny, Traité de la police municipale 1844, II S. 355, 356: „La voie publique est une chose du domaine public, c. a. d. dont la propriété appartient à l'État, ou à la commune et dont la jouissance appartient à chacun."

Der Kassationshof hat, ohne auf die Erörterungen weiter einzugehen, einfach konstatiert, dass dem Staate über das Domaine public ein „droit général" zustehe.

pflegt, an dem Domaine public ein Droit général zu. Das ist eben das öffentliche Eigentum. Das Wesen des Domaine public liegt also in einer Verschmelzung von staatlichem dominium und imperium.

Doch fehlt es auch in der französischen Rechtswissenschaft nicht an Stimmen, welche gegen diese Auffassung Opposition ergreifen. So hat Backhausen (Revue critique de la iurisprudence, Nouv. Série XLII, S. 30 ff.) darzulegen versucht, dass sich das Eigentum des Staates am Domaine public eigentlich in nichts vom sonstigen Eigentum des Staates (Domaine privé de l'État) unterscheide, da das Hauptkriterium, die Unveräusserlichkeit, mit verhältnismässig wenigen Ausnahmen überhaupt bezüglich jedes Staatseigentumes zutreffe. Darnach wäre der Domaine public ein gewöhnliches Privateigentum, welches nur so lange und so weit durch besondere Normen des öffentlichen Rechts verdeckt und beschränkt ist, als die Sache dem öffentlichen Zwecke gewidmet ist.

Letztere Anschauung ist bei den Theoretikern Belgiens, wo die gleichen gesetzlichen Grundlagen wie in Frankreich gegeben sind, nämlich die Loi domaniale vom 22. Januar — 1. Dezember 1790 und die betreffenden Artikel des Code civil, unbestritten und es wird daher von Layer (Prinzipien des Enteignungsrechtes, 1902) die richtige Konsequenz gezogen, dass die herrschende französische Theorie vom Domaine public nicht ein besonderes Recht, sondern eine besondere Rechtsanschauung, eben nur eine Theorie ist.

Die belgische Theorie und Praxis hat den Begriff des Domaine public zu einem System entwickelt, welches in seinen praktischen Konsequenzen von dem französischen kaum wesentlich abweicht. Denn hier wie dort ist man über die beiden massgebenden Punkte einig, welche wesentlich sind für den Inhalt des Domaine public, dass nämlich in negativer Beziehung allen Sachen, welche zum Domaine public gehören, die Extrakommerzialität gemeinsam ist, dass sie dem Privatrechtsverkehr entzogen und daher unveräusserlich und unersitzbar sind, und dass in positiver Beziehung die Rechtsverhältnisse an diesen Sachen dadurch gekennzeichnet

sind, dass der Staat über dieselben ein droit de souveraineté ausübt.[1])

Daraus folgt, dass nur der Staat, bezw. die Träger der öffentlichen Verwaltung Eigentum am Domaine public haben können und dass der Gebrauch von solchen Sachen, welche zum Domaine public gehören, für die Individuen nicht als Privatrecht derselben erscheint, sondern entweder als Gemeingebrauch lediglich nach objektivem öffentlichen Recht geregelt ist, oder aber, insoweit es sich um Sondernutzungen handelt — ohne Beirrung der öffentlichen Widmung der Sache — in den typischen Formen des öffentlichen Rechtes (Erlaubnis, Konzession) eingeräumt wird, und dass endlich ein besonderer öffentlicher Schutz die Integrität der Sache und ihrer Zweckbestimmung umgibt, nämlich die Sachpolizei.

Die im Vorgehenden entwickelte französische Lehre vom Domaine public ist nicht ohne Einfluss auf die deutsche Rechtswissenschaft geblieben. So nimmt schon Seydel an, dass an den res publicae (also auch an den öffentlichen Gewässern) öffentlich-rechtliches Eigentum bestehe, da sie der ausschliesslichen Benützung des einzelnen entzogen und dem allgemeinen Interesse dienstbar gemacht sind.[2])

Neuerdings hat Otto Mayer[3]) die Theorie vom Domaine public auch für das deutsche Recht „fruchtbringend zu verwerten gesucht", nachdem er bereits früher das Recht der süddeutschen Staaten an den öffentlichen Flüssen unter diesen Begriff gebracht hatte.[4]) Im Anschluss an Otto Mayer halten auch Bezzola[5]) und Layer[6]) die Lehre vom öffentlich-rechtlichen Eigentum für das deutsche Recht für berechtigt.

Layer hat versucht, mit dem öffentlich-rechtlichen Eigentum einen „Begriff von ähnlicher Prägnanz" im deutschen

[1]) Layer a. a. O. S. 630.

[2]) Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, S. 41 ff.

[3]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, §§ 35, 36.

[4]) Otto Mayer, Artikel „Ströme" in Stengels Wörterbuch II, S. 190 ff.

[5]) Bezzola, Über Rechtsverhältnisse an öffentlichen Wasserläufen mit spezieller Bezugnahme auf schweizerische Rechtszustände, Zürich Diss. 1898.

[6]) Layer a. a. O. S. 632 ff.

Rechte dem französischen des Domaine public an die Seite zu stellen. Nach ihm kommt es auf zwei Momente an: einmal darauf, dass die öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates stehen und ausserdem darauf, dass die Verfügungen über diese Sachen prinzipiell den Normen des öffentlichen Rechtes unterworfen sind.

Zur Begründung des ersten Momentes sagt Layer: Schon eine ganz oberflächliche Betrachtung zeigt, dass sowohl im französischen wie im deutschen Rechte Sachen dem öffentlichen Dienste oder dem Gemeingebrauch in jener intensiven Weise gewidmet sind, welche oben als dem Begriffe der öffentlichen Sache wesentlich bezeichnet worden ist. Es folgt wohl schon aus der Natur der Sache, dass solche Objekte nicht veräussert werden können, ohne vorher ihrer Widmung — es handelt sich ja um eine rechtliche Widmung — entzogen zu werden. Eine Ersitzung aber solcher Objekte scheint schon deshalb ausgeschlossen, weil die Voraussetzungen einer solchen (bona fides, Besitz) einfach nicht denkbar sind. Dies führt notwendig zur Annahme von dem Verkehr entzogenen Sachen (res extra commercium). Sie sind auch in den Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannt, allerdings nicht überall mit der gleichen Schärfe, und nicht durchweg ist der anerkannte Grad der Extrakommerzialität der gleiche, so dass ein engerer und weiterer Begriff derselben unterschieden werden muss, je nachdem jeglicher Privatrechtserwerb und jedes Privatrechtsgeschäft ausgeschlossen ist, oder nur solche, welche mit der öffentlichen Zweckbestimmung unvereinbar sind. Letztere schliesst übrigens in der Regel ohnehin schon den ganzen gewöhnlichen sachen- und obligationsrechtlichen Privatverkehr aus.

Dem österreichischen bürgerlichen Rechte sind dem Verkehr entzogene Sachen wohl bekannt. So sagt z. B. der § 311 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches: „Alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche Gegenstand des Verkehres sind, können in Besitz genommen werden.“ Hieraus folgt, dass die dem Verkehre entzogenen Sachen nicht Gegenstand des Privatbesitzes sein können. Ferner sagt der § 448: „Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht.“

Die Zahl dieser Beispiele liesse sich noch fortsetzen. Ähnliche, aber zum Teil präzisere Bestimmungen als in Österreich bestehen hinsichtlich der dem Verkehr entzogenen Sachen in Preussen.

Das preussische Landrecht bestimmt im I. Teil, 8. Titel (vom Eigentum) § 3: „Sachen, von deren Benutzung ihrer Natur nach niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigentum einzelner Personen werden", und § 4: „Das Gleiche gilt von Sachen, welche durch Gesetz des Staates vom gemeinsamen Verkehre ausgenommen sind".

Sachen, welche dem Privatverkehre entzogen sind, können nicht Gegenstand einer Willenserklärung sein (I. Teil, 4. Titel, § 14), sie können auch nicht durch Verjährung erworben werden (I. Teil, 9. Titel, § 581), sie können auch nicht Gegenstand einer Kaufhandlung sein (I. Teil, 11. Titel, § 28). Im II. Teil, 14. Titel, § 21 heisst es: „Die Land- und Heerstrassen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen sind gemeines Eigentum des Staates". Sie können demnach, solange sie ihre Bestimmung behalten, niemandem anderen gehören, daher als solche offenbar auch nicht veräussert werden. Und § 25 fügt hinzu: „Das gemeine Staatseigentum selbst ist den Domänen gleich zu achten".

Wir haben also auch hier überall Eigentum des Staates anzunehmen, bezüglich dessen im allgemeinen der Grundsatz der Unveräusserlichkeit und Unersitzbarkeit, mit einem Worte die Extrakommerzialität gilt, zum mindesten soweit, als der öffentliche Zweck reicht.

Im bayerischen Rechte kommt als wichtigste Quelle der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis inbetracht. Derselbe bestimmt zwar (II., 1. 5): „Unter die res communes . . . . ., deren Gebrauch zwar jedermann, das Eigentum aber niemand zuständig ist, werden . . . . . auch schiffbare Ströme und offenes freies Land und Heerstrassen gerechnet, welches jedoch nach deutschen und jetzigen Landrechten, zumal was gedachte Ströme und Strassen anlangt, andersgestalt nicht als salvis iuribus territorialibus zu verstehen ist". Aber schon Kreitmayr, der „klassische Kommentator des bayerischen Landrechtes" bemerkt hiezu: „In sensu stricto aber

bedeuten solche Sachen, daran Eigentum zwar dem Staate, der Gebrauch aber jedermann in der Welt zustand, z. B. öffentliche Strassen, Flüsse und Seehäfen samt dem Ufer . . . .“

Die Pragmatik vom 20. Oktober 1804 bestimmt die Unveräusserlichkeit der Staatsgüter, worunter insbesondere auch die öffentlichen Güter zu verstehen sind, und spätere Gesetze haben immer wieder den privatrechtlichen Erwerb von Sonderrechten, insbesondere auch im Wege der Ersitzung an dergleichen öffentlichen Sachen ausgeschlossen.

Im allgemeinen geht die herrschende Ansicht dahin, dass an solchen Sachen, solange ihre Bestimmung dauert, auf Grund von Privatrechtstiteln Sonderrechte nicht begründet werden können, vielmehr in jedem einzelnen Falle eine besondere Erlaubnis vonseiten der kompetenten Behörde erforderlich ist. Es würde zu weit führen, das Recht aller deutschen Staaten nach der fraglichen Seite hin zu untersuchen. Das Gesagte mag genügen.

Im allgemeinen wird kaum zu bestreiten sein, dass auch im deutschen und österreichischen Rechte die öffentlichen Sachen eine Sonderstellung einnehmen, dass sie im Eigentum des Staates und der öffentlich-rechtlichen Verbände stehen, dass diese Sachen wenigstens soweit, als der öffentliche Zweck reicht, dem Privatrechtsverkehre entzogen sind.

Damit wäre also das eine der oben bezeichneten wesentlichen Momente des sog. „öffentlichen Eigentumes“ gegeben.

Es erübrigt nur noch, zu untersuchen, ob durch das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Recht auf diesem Gebiete eine grundsätzliche Änderung geschaffen worden ist.

Layer meint, das Bürgerliche Gesetzbuch habe über die öffentlichen bezw. dem Verkehre entzogenen Sachen keine Bestimmungen getroffen, und schliesst daraus, dass die Bestimmungen über sie nicht mehr im Zivilrecht, sondern im öffentlichen Rechte zu suchen seien. Letztere Folge begründet Layer damit, dass Artikel 55 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt, dass die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser Kraft treten. Also, so folgert Layer, die privatrechtlichen Vorschriften sind ausser Kraft getreten, öffentliche Sachen gibt es nach wie vor, mithin

können sie, nachdem sie den privatrechtlichen Vorschriften nicht mehr unterliegen, nur noch den Normen des öffentlichen Rechtes unterworfen sein, somit ist auch das zweite wesentliche Moment des „öffentlichen Eigentumes", die Souveraineté des Staates über die öffentlichen Sachen gegeben.

Layer wird in seiner Folgerung bestärkt durch eine in den Motiven zum Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 196) enthaltene Ausführung, worin es heisst: „In Ansehung der dem Gemeingebrauch dienenden Sachen (res publicae) ist ein Vorbehalt für die Landesgesetze insoferne nicht erforderlich, als es sich um Rechtsnormen des öffentlichen Rechtes handelt, kraft welcher eine Sache zum allgemeinen Gebrauch dergestalt bestimmt wird, dass es unmöglich ist, solange die betreffende Bestimmung besteht, durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den gemeinen Gebrauch zu hindern oder zu beschränken".

Layer hat aber bei seiner Schlussfolgerung zunächst übersehen, dass ein Nachsatz des Artikel 55 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch sagt: „soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze ein anderes bestimmt ist".

Nun enthält aber gerade das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Artikel 65 die Bestimmung, dass die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Wasserrechte angehören, unberührt bleiben. Diese landesgesetzlichen Vorschriften enthalten aber auch privatrechtliche Normen und diese sind keineswegs durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben. Bezüglich der oben zitierten, in den Motiven zum Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche enthaltenen Ausführung ist zu bemerken, dass von niemandem bestritten wird, dass die Vorschriften über den Gemeingebrauch, welche das Eigentum des Staates beschränken, öffentlich-rechtlicher Natur sind. Aber daraus ergibt sich noch nicht, dass das Eigentum des Staates an öffentlichen Sachen, hier an öffentlichen Gewässern, kein privatrechtliches Eigentum sei. Man könnte hieraus gerade so gut die Folgerung ziehen, dass es nur ein Eigentumsrecht, nämlich privatrechtliches gebe, und dass diesem Rechte auch das Eigentum des Staates an öffent-

lichen Sachen unterzuordnen sei. Eines Vorbehaltes bedurfte es dafür nicht; für die Bestimmungen über Widmung zum Gemeingebrauch bedurfte es deswegen eines Vorbehaltes nicht, weil die Bestimmungen darüber öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Wie bereits oben bemerkt wurde, ist das zweite wesentliche Moment des öffentlichen Eigentums die Souveränété über die Sache, wie die Franzosen sagen, oder allgemeiner ausgedrückt, der Grundsatz, dass die rechtlichen Verfügungen über diese Sachen prinzipiell den Normen des öffentlichen Rechtes unterworfen sind.

Diese Normen finden sich nicht in den Zivilgesetzbüchern, sondern in den zahlreichen, für die einzelnen Kategorien der hieher gehörigen Objekte verschiedenen Verwaltungsgesetzen und -Vorschriften. Diese regeln die Verhältnisse zu diesen Sachen nach allen Seiten: vor allem den Gebrauch, welcher zweifacher Art ist. In erster Linie ist zu nennen der Gemeingebrauch. Wo dieser anfängt, hört das Privatrecht auf. Das Gegenstück zu ihm bildet der Gebrauch der öffentlichen Sachen, welche nicht dem Gemeingebrauch, aber gleichwohl einem öffentlichen Zweck in intensiver Weise gewidmet sind. Hier findet ein unmittelbarer Gebrauch gemeiniglich nur durch die Organe des öffentlichen Rechtsträgers selbst statt.

Alle diese öffentlichen Sachen geniessen einen besonderen polizeilichen Schutz gegen alle Störungen von aussen, was nichts anderes ist als ein besonderer öffentlicher Schutz der durch die widmungsmässige und ordnungsmässige Verwendung derselben verwirklichten Interessen.

Man spricht hier von einer Polizei der öffentlichen Sachen: Wasserpolizei, Strassenpolizei etc. Dieselbe regelt auch die Formen des Gemeingebrauches und zieht die Grenzen, straft die Überschreitungen.

Endlich das Wichtigste: Eine Einräumung von Nutzungs- und Gebrauchsrechten, welche nicht im Gemeingebrauch enthalten sind, an Dritte ist nicht ausgeschlossen, sondern findet wenigstens an gewissen öffentlichen Sachen in weitem Masse statt. Aber auch diese Rechtsgewährungen spielen sich nicht auf zivilrechtlich-vertragsmässiger Basis ab, sondern in den Formen des öffentlichen Rechtes. Beispiele hiefür sind:

Wasserrechtliche Konzessionen, Gebrauchserlaubnisse mannigfacher Art. Mag man solche öffentlich-rechtliche Verfügungen über die Sache in zwei Akte begrifflich zerlegen, die privatrechtliche Sachnutzungsgewährung und die hoheitliche Erlaubnis, nach aussen tritt die Gewährung als einheitlicher, öffentlich-rechtlicher Akt in Erscheinung.

Es zeigt sich demnach, sagt Layer, dass die Verfügungen über die öffentlichen Sachen grundsätzlich den Normen des öffentlichen Rechtes unterliegen, und damit erscheint das zweite für das öffentliche Eigentum wesentliche Kriterium gegeben.

Allein es kommen, wie bereits erwähnt, auch rein privatrechtliche Verfügungen vor; aber diese können begrifflich nur Nebennutzungen der Sache betreffen, z. B. Verpachtung der Grasnutzungen an den Böschungen der Strassen. Denn in der Hauptsache ist die Widmung für den öffentlichen Zweck vorherrschend und, soweit es sich um Nutzungen handelt, die damit zusammenhängen, sind die betreffenden rechtlichen Beziehungen dem öffentlichen Rechte unterstellt, dem Zivilrechte entzogen.

Das Ergebnis, zu dem die Anhänger der Theorie vom öffentlich-rechtlichen Eigentum gelangen, ist nun folgendes:

Das öffentlich-rechtliche Eigentum umfasst seinem Begriffe nach gleich wie das zivilrechtliche die Möglichkeit der unumschränkten dinglichen Herrschaft über die Sache. Von letzterem unterscheidet es sich aber mit Bezug auf das Rechtssubjekt, den Gegenstand und den Inhalt.

Rechtssubjekt kann immer nur der Staat oder ein Selbstverwaltungskörper, wie die Provinz, die Gemeinde etc. sein.[1])

Gegenstand des öffentlichen Eigentumes kann nur eine Sache sein, die dem öffentlichen Gebrauche dient. Fällt letzterer weg, so verwandelt es sich von selbst in Fiskaleigentum des Staates.[2])

Hauptsächlich aber unterscheiden sich diese beiden Begriffe mit Bezug auf ihren Inhalt. Die Wirkungen des Fiskaleigentums regeln sich aus privatrechtlichen, diejenigen

[1]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 82, Ziff. 1.

[2]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, § 36.

des öffentlichen Eigentumes aber aus öffentlich-rechtlichen Grundsätzen. Während das Privatrecht das Interesse der Einzelnen im weitgehendsten Umfange berücksichtigt, müssen die öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache, welche dahin geht, der Gesamtheit zu dienen, im Auge haben.

Aus der Tatsache, dass das öffentliche Eigentum nicht den Regeln des Zivilrechtes unterstellt ist, ergeben sich folgende Konsequenzen:[1])

a) Unzulässigkeit der Veräusserung durch zivilrechtliche Rechtsgeschäfte;

b) Unmöglichkeit der Eigentumsersitzung;

c) Unanwendbarkeit des Hypothekenrechtes und der Grundbuchordnung;

d) Ausschluss der Enteignung mit ihrem besonderen Verfahren.

Genannte negative Eigenschaften ergeben sich aus dem gemeinrechtlichen Prinzip, welches die öffentlichen Sachen als verkehrsunfähig — extra commercium — erklärt. Der Begriff des öffentlichen Eigentumes hat aber auch eine positive Seite. Dem berechtigten Verwaltungskörper kommt darnach öffentlich-rechtliche Verfügungsfähigkeit zu. Er kann durch juristische Tatsachen für Dritte dingliche Rechte, die gegen ihn wirken, schaffen. Solche subjektive Einzelrechte als Ausfluss des öffentlichen Eigentums haben öffentliche und keine privatrechtliche Natur.

e) Als weitere Wirkung des öffentlichen Eigentumes wird der besondere Schutz, mit dem dasselbe umgeben ist, angeführt. Tatsächliche Eingriffe oder Beschädigungen desselben werden nicht auf dem Wege der Anstellung einer negatorischen Klage, sondern direkt von der Polizei abgewendet.

f) Die Tatsache, dass alle Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Privaten mit Bezug auf das öffentliche Eigentum öffentlich-rechtlicher Natur sind, hat zur Folge, dass jede diesbezügliche Streitigkeit in der Kompetenz der Verwaltung steht.[2])

[1]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, § 36.
[2]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 93.

Die Anhänger der Theorie vom öffentlich-rechtlichen Eigentum behaupten, dass angesichts der besprochenen Erscheinungen desselben die Bezeichnung des Rechtes an den öffentlichen Sachen vollauf den Namen „Eigentum“ verdiene. Nicht nur die Gesetze bedienen sich dieses Ausdruckes und verbinden auch sicherlich die Meinung damit, dass es sich um wirkliches Eigentum handle, auch das Verhältnis der vollständigen Beherrschung der Sache in allen Richtungen kann durch keinen anderen Ausdruck entsprechend wiedergegeben werden. Es darf auch nicht übersehen werden, dass das öffentliche Eigentum in der Regel aus gewöhnlichem zivilen Eigentum hervorgeht. Nur die besondere Widmung der Sache modifiziert die rechtlichen Beziehungen, ohne das die vollständige Beherrschung der Sache involvierende Urrecht als solches aufzuheben.

Aber ebenso richtig ist es auch nach der Ansicht der Anhänger dieser Theorie, die grundsätzliche Verschiedenheit dieses Eigentumes von dem gewöhnlichen Privateigentum durch den ausdrücklichen Beisatz „öffentlich“ zum Ausdruck zu bringen. Denn mit der blossen Vorstellung von einem beschränkten oder modifizierten (Privat)-Eigentume wird man der Bedeutung seines Inhaltes nicht gerecht. Denn die prinzipielle Unterstellung unter das öffentliche Recht besagt mehr als eine „Eigentumsbeschränkung“; das Recht an der Sache selbst erscheint als ein öffentliches.[1])

Es fragt sich nun: Hat der Begriff des „öffentlich-rechtlichen Eigentumes“ überhaupt eine Berechtigung und sind wir vom Standpunkte unseres Bürgerlichen Gesetzbuches und insbesondere unseres neuen bayerischen Wassergesetzes zu einer solchen Konstruktion genötigt, um das Recht des Staates an

[1]) Die Möglichkeit eines öffentlichen Sachenrechtes ist bestritten worden (insbesondere Jellinek, System der subjektiven Rechte, S. 72), weil öffentliches Recht so viel bedeute als Herrschaftsrecht (imperium), und eine Befehlsgewalt nicht über Sachen, sondern nur über Menschen ausgeübt werden könne. O. Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 73) hat darauf erwidert, das öffentliche Eigentum begreife das Recht an der Sache, kraft dessen „die Beziehungen ihres Herrn als solchen zu anderen grundsätzlich dem Zivilrecht entzogen und in den eigentümlichen, scharf ausgeprägten Formen des öffentlichen Rechtes geordnet sind.“

den öffentlichen Gewässern, welches das Gesetz mit dem Ausdruck „Eigentum“ bezeichnet, in befriedigender Weise zu erklären?

Ohne Zweifel hat die Theorie vom „öffentlich-rechtlichen Eigentum“ manches für sich. Der Zug der Zeit geht dahin, überhaupt alle im Gemeingebrauch stehenden öffentlichen Sachen als Eigentum des Staates zu bezeichnen. Diese Auffassung ist wegen der Rechte, die dem Staat an denselben tatsächlich zukommen, gerechtfertigt. Dieser verfügt nicht nur über die Nutzungen, sondern wird, falls der Gemeingebrauch an der Sache wegfällt, unmittelbar als Eigentümer derselben angesehen. Selbst Keller,[1]) der weitgehendste Vertreter der nachher noch zu besprechenden Hoheitstheorie, muss zugeben, dass dieses Recht des Staates alle Befugnisse in sich schliesst. Thatsache ist aber nicht nur, dass dem Staate begrifflich die Rechte eines Eigentümers zustehen, sondern auch, dass sich dieses „Dominium“ inhaltlich anders gestaltet als das Fiskaleigentum. Die öffentliche Sache ist eben für den Gemeingebrauch da. Solange diese Eigenschaft besteht, ist der Staat in seinem Verfügungsrecht eingeschränkt. Die Sache ist extra commercium. Daran knüpft Mayer[2]) die Bemerkung: „Dass die Sache allerdings ausser dem zivilrechtlichen Verkehr sei, dass aber jenseits ihres Horizontes auch wieder Recht sei: dort im öffentlichen Rechte ist die Sache allerdings im Verkehr nach dieser eigentümlichen Weise, oder, wenn man das nicht Verkehr nennen will, dort werden Verfügungen über sie getroffen zugunsten anderer und Rechte daran begründet“.

Aus der Lehre vom öffentlich-rechtlichen Eigentum geht nicht nur mit einer gewissen Klarheit hervor, welche Rechtsgeschäfte inbezug auf die öffentlichen Sachen unstatthaft sind, dieselbe bestimmt vielmehr auch positiv, nach welchen Grundsätzen über sie verfügt werden kann.

Der Hauptvorzug der Lehre vom öffentlich-rechtlichen Eigentum ist in der positiven Bestimmung zu erblicken, dass alle Rechtsverhältnisse nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind. Damit wird jede Möglichkeit einer

[1]) Keller, Erwiderung auf das Gutachten von Rüttimann, S. 7.
[2]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 96.

Begründung von Privatrechten an öffentlichen Sachen ausgeschlossen, eine Tatsache, welche von grosser Tragweite ist. Privatrechte bilden ja gar oft ein starkes Hindernis für einen rationellen Gebrauch der öffentlichen Sachen und stehen daher zu der Zweckbestimmung der letzteren im Widerspruch.

Diesen Vorzügen der Theorie vom öffentlich-rechtlichen Eigentum stehen manche Momente gegenüber, welche die Richtigkeit dieser Theorie als zweifelhaft erscheinen lassen.

Nach Otto Mayer ist „öffentliches Eigentum" dasjenige, welches dem Staate oder einem sonstigen Rechtssubjekte der öffentlichen Verwaltung zusteht an einer „öffentlichen Sache", d. h. einer Sache, welcher die Zweckbestimmung eigentümlich ist, dem öffentlichen Interesse zu dienen und welche um dieser Zweckbestimmung willen zu einem Rechtssubjekte der öffentlichen Verwaltung, in erster Linie dem Staate, in einer nach öffentlichem Rechte zu beurteilenden, die Sache umfassend und ausschliessend ergreifenden, einen Rest von fremdem Eigentum nicht übrig lassenden Herrschaft steht.[1])

Im letzterem Punkte, der öffentlichen Sachbeherrschung, liegt aber die ganze Schwäche des Begriffes des öffentlich-rechtlichen Eigentumes. Nach Jellinek[2]) ist nämlich direkte rechtliche Herrschaft über eine Sache, die sich in physischen Einwirkungen auf diese äussert „Eigentum". Die Herrschaft des Staates über das Gebiet ist aber öffentlich-rechtlich, hat nach keiner Richtung eine privatrechtliche Analogie mit dem Eigentum, ist imperium, nicht dominium.[3]) Ein imperium gibt es nur über Menschen, nicht auch über Sachen. Letztere können dem imperium nur insoferne unterliegen, als die Staatsgewalt den Menschen befiehlt, Einwirkungen auf sie vorzunehmen. Diese erfolgen aber stets entweder durch rechtlich indifferente oder durch privatrechtlich zu wertende Handlungen, also z. B. durch Ausübung des Eigentumes.[4]) Es gibt also kein öffentlich-rechtliches, sondern nur eine Art Eigentum, nämlich Privateigentum.

---

[1]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 84.
[2]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 359.
[3]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 77.
[4]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 360.

Erkennt man das öffentlich-rechtliche Eigentum an, so ist die notwendige Folge desselben ein „öffentliches Sachenrecht“. Die Publizität öffentlicher Sachen besteht aber lediglich in den Rechtssätzen, welche die Zulassung des Publikums zu ihrem Gebrauche gebieten.[1]) Daraus erwächst aber nicht für jedermann ein Recht auf Benutzung dieser Sachen, sondern es besteht nur die Pflicht des Eigentümers dieser im öffentlichen Gebrauch stehenden Sachen, jedermann diese, soweit nicht irgendwelche andere Gründe entgegenstehen, benützen zu lassen. Es ist also das Recht des Gemeingebrauches kein subjektives öffentliches Recht, sondern ein blosses Reflexrecht.[2])

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich die Unhaltbarkeit der Idee eines öffentlichen Sachenrechtes und damit auch die eines öffentlichen Eigentumes.[3])

Auch aus dem Wesen der Konzession zur Anlegung von Wassertriebwerken an einem öffentlichen Flusse folgt, dass, wenn dem Staate Eigentum an den öffentlichen Flüssen zusteht, dieses Eigentum nicht öffentlich-rechtliches, sondern privatrechtliches ist.[4])

Hier müssen Sachnutzung und staatlicher Verwaltungsakt konkurrieren, um dem Individuum den Nutzen staatlicher Verwaltungstätigkeit zu gewähren.[5])

[1]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 74.

[2]) Anders Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 116: „Der Anspruch, öffentliche Sachen in gewissem Masse zu gebrauchen, ist nichts anderes als ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, mit welcher der Mensch in unserer bürgerlichen Gesellschaft der öffentlichen Gewalt wie den Mitmenschen gegenüber ausgestattet erscheint, mit welcher er darin aufgenommen ist als der Voraussetzung für alles Übrige.“ Ebenso v. Sarwey, Öffl. R. u. V. R. Pfl., S. 429 ff.: „wenn jemand von der Teilnahme an den Einrichtungen des menschlichen Lebens, die allgemein jeder Person als solcher zustehen, ohne zureichenden Grund ausgeschlossen wird,“ ist das Nichtanerkennung der Persönlichkeit und als solche Rechtsverletzung. Es gehört dahin der Gebrauch der öffentlichen Wege, des öffentlichen Wassers etc.“

[3]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 76 und Note 3 daselbst.

[4]) Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, S. 34 und Note 1 daselbst.

[5]) Hatschek a. a. O. S. 18.

Die Rechtsordnung kann nun Sachnutzung und staatlichen Verwaltungsakt derart verschmelzen, dass die Sachnutzung ganz im Verwaltungsakte aufzugehen scheint. Der Staat übt durch die mit Hilfe dieser Sachgüter geleistete Verwaltung mehr als blosse Verwaltungsakte und mehr als blosse Sachbeherrschung. Er wird Inhaber einer Domaine public. Diese ist das durch staatliche Verwaltungstätigkeit spezifizierte Privateigentum, ohne dass der Staat deshalb Privateigentümer wird. Die von ihm gespendeten Verwaltungsakte sind service public, d. h. sie enthalten ausser dem blossen Verwaltungsakte noch ein Stück Sachnutzung. Das ist der Standpunkt des französischen Rechtes, welches die Verschmelzung von staatlichem dominium und imperium in diesen Verwaltungsakten zum juristischen Ausdruck gebracht hat. Anders das deutsche Recht. Dieses hat dominium und imperium des Staates in diesen Verwaltungsakten zu trennen gewusst. Die durch solche Verwaltungsakte begründeten Rechtsverhältnisse, in welchen der Staat sich befindet, sind gemischter Natur: sie sind von der einen Seite betrachtet, öffentlich-rechtlicher Art, von der anderen Seite Privatrechtsverhältnisse. Der Staat tritt in diesen Rechtsverhältnissen gemischter Natur sowohl als Träger der Staatsgewalt als auch als Eigentümer, als Fiskus dem Individuum gegenüber.

Die öffentlichen Gewässer sind einerseits Staatsgut, andererseits allgemeiner Benützung übergeben. Daraus entstehen zweierlei Beziehungen des Staates zu denselben: privatrechtliche des Fiskus und hoheitliche der Staatsgewalt. Soweit es sich lediglich darum handelt, den allgemeinen Gebrauch der öffentlichen Gewässer zu regeln, bewegen sich die betreffenden Bestimmungen lediglich im Gebiete der Polizei: das Recht des Staates am öffentlichen Gute wird hiedurch nicht berührt. Soweit es sich aber darum handelt, jemandem an einem öffentlichen Gewässer eine Sondernutzung zu gewähren, in unserem Falle die Anlegung von Wassertriebwerken, verbindet sich mit der polizeilichen Handlung noch die Verfügung über Staatsgut zugunsten eines Einzelnen.

Zu diesem Fall kann sich nun die Gesetzgebung verschieden stellen.

Sie kann, wie das französische Recht dies tut, das staatliche Eigentum an dem öffentlichen Gewässer als öffentlich-rechtliches Eigentum behandeln. Dann erscheint die Nutzungsgewährung — Konzession, concession — zwar immerhin als etwas anderes als die polizeiliche Genehmigung — autorisation —, aber gleichwohl als eine öffentlich-rechtliche Handlung mit öffentlich-rechtlicher Wirkung.

Die Gesetzgebung kann ferner das staatliche Eigentum an dem öffentlichen Gewässer als Privateigentum ansehen, das dem öffentlichen Rechte nur bezüglich seiner Zweckbestimmung angehört. Dies ist der Standpunkt unseres bayerischen Wasserrechtes, überhaupt des bayerischen Rechtes hinsichtlich der öffentlichen Sachen.

Von diesem Standpunkt aus ist wiederum eine zweifache Rechtsgestaltung möglich. Es kann bei der Gewährung einer Sondernutzung die privatrechtliche und die polizeiliche Seite der Sache inbezug auf Behandlung und behördliche Zuständigkeit getrennt werden, ganz ebenso wie bei jedem anderen Privateigentum des Staates. Es kann aber auch, und so verfährt das bayerische Wasserrecht, die zivilrechtliche Verfügungshandlung mit der öffentlich-rechtlichen Handlung in der Weise vereinigt werden, dass erstere äusserlich in letzterer verschwindet. Der Staat erteilt in diesem Falle eine doppelte Erlaubnis: als Eigentümer des Flusses und als Inhaber der öffentlichen Gewalt. Diese Doppelnatur der Handlung tritt dann in den Wirkungen zutage: die privatrechtliche Nutzungsgewährung, welche privatrechtliche Wirkungen erzeugt, und die polizeiliche Genehmigung, welche öffentlich-rechtliche Wirkungen hervorruft.

Gegen diese Auffassung wendet man allerdings ein, sie verlange notwendigerweise die Zweiteilung des Staatsbegriffes und man falle so in den alten Dualismus des Polizeistaates zurück. Eigentümer[1]) der öffentlichen Gewässer sei der Fiskus, dem dieses Eigentum zustehe als einem Privatmann nach den Regeln des Zivilrechtes als privatrechtliches Eigentum.

[1]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 66.

Ihm stehe aber gegenüber der eigentliche Staat, welcher mit seiner hoheitlichen Gewalt über der Sache wache, um sie bei ihrer Bestimmung für das öffentliche Interesse zu erhalten. Er lege dem Fiskus die Last auf, für die Instandhaltung zu sorgen, zwinge ihn, dem Einzelnen den öffentlichen Gebrauch in gehöriger Weise zu gewähren, wehre ihm die Veräusserung, wehre andererseits den Untertanen die Ersitzung und sonstige Störung, könne aber auch durch lex specialis besondere Rechte an dem öffentlichen Gewässer begründen, um sie bestimmten Einzelnen zu verleihen.

Allein wie von Hatschek[1]) eingehend bewiesen wurde, ist der Fiskus nach deutscher Rechtsanschauung und im Bürgerlichen Gesetzbuche juristische Person des Zivilrechtes und als solche immer da. Nur dem Individuum, das dem Staate als Verwalter des öffentlichen Eigentumes im bürgerlichen Rechtsverkehr begegnet, erscheint der Staat in der Doppelgestalt von Fiskus und Staat. Dem Staate jedoch tritt der Fiskus durchaus nicht als ein anderes, vom Staate verschiedenes Wesen gegenüber. Dem Staate und seinen Organen gegenüber ist und bleibt der Fiskus nur Organ oder besser gesagt, staatliche Kompetenz.[2])

Anders liegt die Sache im französischen Rechte. Hier fehlt die Scheidung von dominium und imperium und damit auch der Fiskus als juristische Person des Zivilrechtes. Daher kommt auch Hatschek zu dem Schlusse, dass, während im französischen Rechte das öffentliche Eigentum, die Domaine public, als einheitliches Rechtsinstitut erscheint, bei uns der Begriff desselben nur eine ökonomische Kategorie ist, welche staatliches Vermögen bezeichne, das juristisch gefasst Privateigentum ist und bleibt, dem der Charakter der Öffentlichkeit durch mannigfache rechtlich relevante Momente aufgedrückt wird, wie z. B. durch Gemeingebrauch bei öffentlichen Sachen, durch Ausübung staatlicher Tarifhoheit, durch Monopolserklärung bei öffentlichen Anstalten, kurz durch eine Summe von Momenten, die in grösserem oder geringerem Masse die

[1]) Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1899.

[2]) Hatschek a. a. O. S. 22 u. 40.

Zugehörigkeit des betreffenden Sachgutes zum staatlichen Gemeinzwecke ausdrücken sollen.

Das öffentliche Eigentum ist also im deutschen Rechte im Gegensatz zum französischen kein Rechtsinstitut, wie Otto Mayer und Layer meinen, sondern lediglich eine ökonomische Kategorie.

Damit ist wohl auch die Theorie derjenigen widerlegt, welche der Ansicht sind, dass das Recht des Staates an den öffentlichen Gewässern kein Privateigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, sondern ein öffentlich-rechtliches Staatseigentum, das der Anwendbarkeit des Zivilrechtes entzogen und dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zugewiesen ist.

D. Die Hoheitstheorie.

Es erübrigt nun noch, die dritte und letzte Theorie, die man inbezug auf das „Eigentumsrecht" des Staates an den öffentlichen Gewässern aufgestellt hat, einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

Die Meinung derer, welche sich dieser Theorie angeschlossen haben, geht dahin, dass diesem „Eigentum" an den öffentlichen Gewässern die Qualität des zivilrechtlichen Eigentumes abzusprechen sei, dass das ganze Verhältnis als ein öffentlich-rechtliches aufzufassen sei und dass dieses Eigentumsrecht des Staates nichts anderes bedeute als dessen Hoheitsrecht.

Die näheren Untersuchungen dieser Theorie knüpfen sich speziell in der deutschen Rechtswissenschaft hauptsächlich an einen praktischen Fall, welcher seinerzeit grosses Aufsehen gemacht hat, den Streit über das Recht an den Baseler Festungswerken. Die damals von Keller, Jhering, Rüttimann und Dernburg erstatteten Gutachten[1]) bilden den Ausgangspunkt der theoretischen Erörterungen.

---

[1]) Keller, Gutachten v. 3. August 1859, publiz. 1861 und Erwiderung auf das veröffentlichte Gutachten von Rüttimann vom 10. Januar 1860; Rudolf Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, Rechtsgutachten vom 8. Januar 1862, und zweites Gutachten als Erwiderung auf das von Dernburg abgestattete

Die erste dieser Ansichten geht dahin, dass „die dem Staat unzweifelhaft zustehende Herrschaft über die res extra commercium — Strassen, Brücken, öffentliche Gewässer — keine privatrechtliche, kein Eigentum ist, sondern vielmehr zu den Souveränitätsrechten gehört und insbesondere einen Bestandteil seiner Polizeigewalt ausmacht.[1])

Dieses reine Hoheitsrecht nennt Keller auch das „Hoheits- oder Polizeirecht, welches dem Staate allein zusteht, einerseits alle Befugnisse des Eigentums in sich schliesst, andererseits aber gegen alle jene Gefahren des Privateigentums (z. B. Servitutenersitzung) gepanzert ist". Kraft dieses Hoheitsrechtes könne der Staat auch das Hoheitsrecht selbst beseitigen und auf diese Weise die öffentliche Sache in eine Verkehrssache verwandeln, womit er dann sein Hoheitsrecht in Privateigentum verwandelt.

Mit Keller stimmt im wesentlichen überein Jhering, welcher insbesondere geltend macht, die Bedeutung der res extra commercium bestehe darin, dass die Begründung einer exklusiven Herrschaft an der Sache ausgeschlossen sei, weil sie dem Gemeingebrauch gewidmet sei. Ein besonderes Recht des Staates an der Sache liege nicht vor; denn seine Funktion bestehe nur darin, dafür zu sorgen, dass die Sache ihre Bestimmung erfülle. Diese Funktion sei aber nicht Ausfluss eines besonderen Rechtes, sondern der allgemeinen hoheitlichen Stellung gegenüber den Gliedern des Gemeinwesens (Seite 38 ff.). Gemeingebrauch und Eigentum schliessen sich aus (Seite 43 ff.). Der eigentlich Berechtigte an öffentlichen Sachen ist niemand anders als die Vielheit der Rechtssubjekte, welchen der öffentliche Gebrauch zusteht, das Publikum (Seite 38 ff.).

Gutachten vom Herbst 1862; Rüttimann, Gutachten vom 22. August 1859 und Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Baseler Festungswerke und Erwiderung auf die Bemerkungen des Geh. Justizrates u. Professors Dr. F. L. v. Keller, abgedruckt in der Zeitschrift für Kunde der Züricherischen Rechtspflege von Gwalter, B. 10 (1861); H. Dernburg, Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen vom 3. August 1862.

[1]) Keller, Gutachten S. 8.

Das sog. Eigentum des Staates an den res publicae ist nur „die Rückseite des Gemeingebrauches“, und eine Redeweise, um auszudrücken, dass den Angehörigen des Staates der Gemeingebrauch zustehe (Seite 43).

Jhering ist von dieser seiner Konstruktion später etwas abgekommen. In seiner Schrift „Über den Grund des Besitzschutzes“ 2. Aufl. Seite 151 bemerkt er, dass der Anspruch des Staates auf Nebenerträge der res publica, sowie das im Falle der Verwandlung einer res publica in eine res privata ihm zufallende Eigentum „über den Gesichtspunkt des Hoheitsrechtes hinausreicht und diesem Rechte einen privatrechtlichen Charakter verleiht“.

Rüttimann schliesst folgendermassen: Wenn der Staat irgendwo eine Festung anlegen will, so muss er vor allem das Eigentum an dem Terrain erwerben. Dieses Eigentum geht ihm durch die Herstellung der Fortifikation keineswegs verloren; aber es wird gewissermassen durch die öffentliche Natur des Verhältnisses verdeckt und kommt erst wieder zum Vorschein, wenn das Objekt durch Aufhebung seines Wesens und seiner Individualität dem bürgerlichen Verkehre zurückgegeben wird. Vorher ist ein „latentes gewissermassen schlummerndes Eigentum“ anzunehmen. Die Herrschaft, die über die öffentlichen Sachen ausgeübt wird, ruht durchwegs auf privatrechtlicher Grundlage. Durch das Hoheitsrecht schützt der Staat aber zugleich vor Eingriffen oder Erwerbungen Privater zum Nachteile der öffentlichen Widmung.

Dernburg geht davon aus, dass Eigentum und Beschränktheit der Detailbefugnisse sich gegenseitig nicht ausschliessen,[1]) auch nicht Eigentum und Gemeingebrauch, vielmehr seien öffentliche Sachen gerade diejenigen, welche unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen und ihrer Existenz nach im Eigentum des Staates stehen. Freilich, sagt er, sei das nicht einfaches Privateigentum; vielmehr habe der Staat im allgemeinen Interesse, damit der öffentliche Nutzen solcher Sachen dauernd erhalten werde, seine Rechtsstellung über die Verhältnisse gewöhnlicher Eigentümer hinaus erhoben, sein

[1]) Dernburg, Rechtsgutachten S. 8 ff.

Recht als ein unabänderliches und unantastbares erklärt und diese Sachen ausserhalb des Vermögensverkehres gestellt. „Wir können nichts dagegen einwenden," sagt er, „dass man dieses Recht als ein hoheitliches bezeichnet, weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird. Aber wir dürfen nie vergessen, dass es im Grunde nichts ist als ein eigentümlich modifiziertes Eigentumsrecht oder, wenn man lieber will, Eigentumsrecht zu seiner Basis hat".

Die Hoheitstheorie sagt also: Die öffentlichen Gewässer sind von Natur dem gemeinen Gebrauch hingegeben und sind im allgemeinen dem Privatrecht entzogen. Denn der öffentliche Gebrauch ist kein Privatrecht, welches Anspruch hätte auf gerichtlichen Schutz, weil ihm die Beziehung auf ein bestimmtes berechtigtes Subjekt mit Ausschluss aller anderen Privatrechtssubjekte fehlt. Als Subjekt des Gemeingebrauches erscheint nur die Gesamtheit der Nutzenden. Diese aber ist keine rechtsfähige Privatperson. Die wirkliche Ausübung geschieht durch den einzelnen Nutzenden. Dieser aber hat keine persönliche Berechtigung zur Nutzung.

Es fliessen vielmehr sämtliche dem Staate über die öffentlichen Gewässer zustehenden Rechte schon aus seiner territorialen Souveränität ab. Diese Rechte des Staates bilden einen Bestandteil seines allumfassenden Oberaufsichtsrechtes.

Das ganze Verhältnis des Staates zu den öffentlichen Gewässern ist also kein privatrechtliches, sondern ein öffentliches Rechtsverhältnis. Der Staat hat infolge seiner territorialen Souveränität den Gemeingebrauch auf dem Verwaltungswege zu regeln, und alle dem Staate über die öffentlichen Gewässer zustehenden Rechte sind lediglich aus dem staatlichen Hoheitsrechte, nicht aus einem Eigentumsrechte des Staates abzuleiten, wie im Mittelalter, wo man irrtümlicher Weise alle öffentlichen Flüsse als fiskalisches Staatseigentum betrachtet hat, weil man die dem königlichen Fiskus daran seit unvordenklichen Zeiten zustehenden nutzbaren Rechte (iura regalia) nur als Ausfluss eines privatrechtlichen Eigentumes betrachten zu müssen glaubte. Als Nachwirkung dieser Auffassung bestehen heute noch vielfach gewisse regale Nutzungsrechte, d. h. Berechtigungen, welche an und

für sich dem Gemeingebrauch anheimfallen würden, aber aus besonderen historischen Gründen ausschliesslich den Regierungen zustehen und als nutzbare Privatrechte des Staates aufgefasst werden müssen, deren Ausübung von diesem jedoch häufig an Private verliehen wird. Hieher gehören vor allem das Fischerei-, Floss- und Mühlenregal. Dabei kann man Gerber zugeben, dass im heutigen Staate sich teilweise wohl auch diese Berechtigungen aus dem Hoheitsrechte des Staates ableiten lassen.[1]) Allein man darf nicht vergessen, dass historisch die Sache anders liegt. So wird das Recht des Staates zur Erhebung von Zöllen, Verleihung von Konzessionen zur Ausübung des usus publicus gegen gewisse Abgaben, sowie zur Regelung der Art und Weise der öffentlichen Nutzung aus dem staatlichen Hoheitsrechte abzuleiten sein.

Hinsichtlich dieser heutigen Tages noch wirksam gebliebenen „regalen" Rechte des Staates über die öffentlichen Gewässer erleidet also der Satz, dass das ganze Verhältnis des Staates zu den öffentlichen Gewässern kein privatrechtliches, sondern ein öffentliches sei, eine Ausnahme.

Dieser Art von Privatberechtigung an öffentlichen Gewässern, die aus eigentümlich deutschen Verhältnissen hervorgegangen ist, steht eine zweite Art solcher Privatrechte gegenüber, die aus dem römischen Rechte auf uns gekommen ist.

Es können nämlich entweder durch unvordenkliche Verjährung oder durch obrigkeitliches Privileg im Zusammenhang mit der Ausübung des Gemeingebrauches Privatrechte an öffentlichen Flüssen entstanden sein (z. B. das Recht, Bauten im Flusse zu errichten, Wasser daraus abzuleiten zur Bewässerung benachbarter Wiesen etc.). Man kann sagen, dass dies überall da Anwendung findet, wo aus der Ausübung des öffentlichen Gebrauchsrechtes für einzelne Personen ein sichtbarer, dauernder Zustand hervorgeht, in welchem jene Nutzung sich verkörpert, und wo dieser Zustand durch jene Erwerbstitel legalisiert worden ist.

Solche Rechte unterliegen dann allerdings der Kognition der Gerichte und können durch Verfügungen selbst der obersten

[1]) Gerber, Deutsches Privatrecht, § 63 Note 9.

Verwaltungsbehörden, etwa zugunsten anderer Personen, denen entgegenstehende Privilegien erteilt werden sollen, nicht aufgehoben werden. Solche Privatrechte dürfen aber nicht zur Hinderung des usus publicus gereichen. Tuen sie dieses, so darf das Privileg gar nicht erteilt oder eine durch unvordenkliche Ausübung rechtmässig bestehende Privatberechtigung muss wegen des allgemeinen Interesses aus öffentlichen Gründen aufgehoben werden. Dies kann jedoch, ganz wie die analoge Expropriation bei Privatgrundstücken zu öffentlichen Zwecken, nur gegen volle Entschädigung des Privatinhabers geschehen.[1])

Ganz andere Rechte übt der Staat kraft seines Hoheitsrechtes (imperium) über die öffentlichen Gewässer aus. Die Staatspolizei umfasst die ganze Regelung des Gemeingebrauches von seiner Begründung bis zur Wiederaufhebung. Sie besorgt die Instandhaltung der öffentlichen Gewässer, unterdrückt polizeiwidrige Einrichtungen auf denselben und verbietet dieselben bei angemessener Strafe. Es sind dies nicht etwa Verhältnisse, welche der Justizgewalt des Staates unterworfen wären und infolgedessen einen Rekurs an die Gerichte zuliessen. Denn der Gemeingebrauch an den öffentlichen Gewässern ist für niemand ein erworbenes Privatrecht. Es fehlt auch hier an dem notwendigen Erfordernis eines jeden wahren Privatrechtes: der Ausschliesslichkeit und der Beziehung auf eine bestimmte, innerhalb einer bestimmten Sphäre selbständig schaltenden Person. Das Subjekt des Gemeingebrauches ist eben, wie schon oben bemerkt, nicht der einzelne als solcher, sondern das Publikum. Dieses ist aber keine rechtsfähige Person.

Die Hoheitstheorie kommt also bezüglich des Rechtes des Staates an den öffentlichen Flüssen zu folgendem Ergebnis:

Die öffentlichen Gewässer stehen nicht im fiskalischen Eigentum des Staates. Sie sind vielmehr öffentliche, nicht im privatrechtlichen Verkehre stehende Sachen. Die Rechte, welche dem Staate vermöge dieser Eigenschaft über die öffentlichen Gewässer zustehen, haben die Natur hoheitsrecht-

[1]) Vergleiche Gerber, Deutsches Privatrecht, § 63, S. 152.

licher Befugnisse. Dem Staate stehen ausserdem gewisse Regalien an den öffentlichen Gewässern zu, d. h. Nutzungsrechte, welche der Staat sich ausschliesslich angeeignet und durch Verleihung an Private gegen Abgaben oder sonstige Vorteile zur Einnahmequelle gemacht hat, obwohl sie gemäss der rechtlichen Natur ihres Objektes dem Gemeingebrauch hätten anheimfallen sollen. Diese regalen Nutzungsrechte des Staates sind aber nicht auf seine hoheitlichen Befugnisse zurückzuführen. Sie haben vielmehr, gleich allen übrigen Regalien, einen rein zufälligen, historischen Entstehungsgrund und müssen, insoferne sie mit der Natur ihres Objektes (der öffentlichen Gewässer) im Widerspruche stehen, als Rechtssingularitäten angesehen und behandelt werden. Die an Einzelne verliehenen regalen Gerechtigkeiten können die hoheitsrechtlichen Befugnisse der Staatsgewalt inbetreff der öffentlichen Gewässer in ihrer Eigenschaft als öffentliche Sachen weder aufheben noch beschränken.

E. Standpunkt der Praxis der bayerischen Gerichte inbezug auf das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern und Beurteilung dieses Standpunktes.

Nachdem die drei Haupttheorien, die man bezüglich des Rechtes des Staates an den öffentlichen Gewässern aufgestellt hat, einer eingehenden Betrachtung unterzogen worden sind, ist darzulegen, auf welchem Standpunkte die Praxis, die Rechtsprechung der Gerichte steht und ob dieser Standpunkt als vollkommen gerechtfertigt und richtig anzusehen ist.

Die Motive zum neuen bayerischen Wassergesetze von 1907 sagen:[1]) „Die rechtliche Entwickelung hat dazu geführt, dass die öffentlichen Gewässer „Staatseigentum“ im zivilrechtlichen Sinne geworden sind, soweit nicht in einzelnen Fällen Dritte dieses Eigentum erworben haben. Diesen Standpunkt bringt Artikel 2 des Entwurfes zum Ausdruck. Die Staatsregierung ist hiebei in der Lage, insbesondere die Wasser-

[1]) Begründung des Entwurfes eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern, Verhandlungen der bayerischen Abgeordnetenkammer 1905/06, Beilagenband I, Seite 538, 546.

kräfte der öffentlichen Flüsse dem öffentlichen Wohle uneingeschränkt dienstbar zu machen, ohne zu dem immerhin bedenklichen Mittel der Monopolisierung greifen zu müssen. Es ist ferner die Möglichkeit gegeben, im Falle einer lukrativen Ausnützung dieser Wasserkräfte für die Privatindustrie entsprechende Gebühren für die Benutzung staatlichen Eigentumes zu erheben".

Auf Seite 546 heisst es: „Das erste bayerische Wassergesetz bezeichnet in Artikel 1 die öffentlichen Gewässer als ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut. Der hier unklare Ausdruck Staatsgut ist im Entwurfe aufgegeben. Die öffentlichen Gewässer stehen der Rechtslage entsprechend im allgemeinen ohnehin im Eigentum des Staates. Diesem Rechtsverhältnis war im Entwurfe Ausdruck zu geben".[1])

„Durch die Bestimmungen über die privatrechtlichen Verhältnisse der öffentlichen Gewässer soll übrigens in die die Benützung derselben betreffenden öffentlich-rechtlichen Normen nicht eingegriffen werden."

Aus all diesen Stellen geht mit Sicherheit hervor, dass unter dem Ausdruck „Eigentum", wie er sich im Artikel 2 des neuen Wassergesetzes findet, nichts anderes zu verstehen ist als das zivilrechtliche Eigentum, das Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Auf dem gleichen Standpunkt steht der bayerische Verwaltungsgerichtshof, der sich in einer Entscheidung vom 23. Dezember 1903 dahin ausgesprochen hat, dass das staatliche Eigentum an öffentlichen Gewässern nach Artikel 1 des Wasserbenützungsgesetzes von 1852 keineswegs als ein öffentlich-rechtliches, sondern als ein privatrechtliches zu erachten sei, das dem öffentlichen Rechte nur seiner Zweckbestimmung nach angehört, und diese den Charakter der öffentlichen Gewässer als staatliches Eigentum nicht beseitigt.[2])

Dass wir unter dem Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern nicht ein „öffentlich-rechtliches Eigentum"

[1]) Sammlung der Entsch. des Obersten Landesgerichtes Bd. VII, S. 55 und XIII, S. 279.

[2]) Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwalt.-Gerichtshofes Bd. XXV, S. 136.

im Sinne der französichen Rechtsauffassung verstehen dürfen, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des neuen badischen Wassergesetzes, das in seinem Artikel 1 ebenso wie das neue bayerische Wassergesetz die öffentlichen Gewässer als Eigentum des Staates erklärt.

In dem Regierungsentwurfe zu demselben war das dem Staate zustehende Eigentum an den öffentlichen Gewässern als „öffentliches" Eigentum bezeichnet. Von der ersten Kammer wurde das Beiwort „öffentliches" gestrichen, weil eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und anderem Eigentum dem bürgerlichen Rechte fremd sei und weil es des Zusatzes „öffentlich" nicht bedürfe, um die durch die Vorschriften des Gesetzes schon hinlänglich geregelten Besonderheiten, welche für die Benützung der öffentlichen Gewässer gelten, zu kennzeichnen.[1])

Aus all dem geht mit Bestimmtheit hervor, dass das Wassergesetz, wenn es in seinem Artikel 2 sagt: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates," unter diesem Eigentum nichts anderes verstanden haben will als Eigentum im privatrechtlichen Sinne, im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Nachdem das Gesetz klar und deutlich sagt: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates, nachdem es überhaupt bezüglich aller Gewässer bestimmt, wem das Eigentum daran zustehen soll, ist es notwendig, zu untersuchen, welche Bedeutung diesen Bestimmungen zukommt. Und diese Untersuchung ist nicht schwer. Da das Wassergesetz den Begriff „Eigentum" nicht näher erläutert, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass hierunter nichts anderes verstanden werden soll als sonst im Rechte, oder vielmehr als in demjenigen Gesetze, welches diesen und andere rechtliche Grundbegriffe für das allgemeine Recht geschaffen hat, die von selbst in andere Rechtsmaterien übergehen und deren Änderung oder schärfere Präzisierung daher auf diese Materien einwirkt, insoweit dieselben nicht solche Begriffe selbst festgelegt haben. Und dieses Gesetz ist das Bürgerliche Gesetzbuch.

[1]) Kommissionsbericht der Ersten Kammer, S. 6 lit. b.

Eine andere Frage allerdings ist die, ob man mit Recht den privatrechtlichen Begriff „Eigentum“ in das Wassergesetz aufgenommen hat oder ob dies nicht vielmehr, vom rein theoretischen Standpunkte aus betrachtet, juristisch direkt falsch war. Die Antwort auf diese Frage ist oben bei der Besprechung der Theorie vom zivilrechtlichen Eigentum bereits in ausführlicher Weise gegeben worden.

Die früheren Rechte[1]) haben sich wohl gehütet, durch Hereinziehung zivilrechtlicher Fragen die ohnehin schwierigen wasserrechtlichen Bestimmungen zu verwirren. Erst der Dogmatik der letzten Jahrhunderte und den neueren Gesetzgebungen war es vorbehalten, auf die Gewässer die gewöhnlichen zivilrechtlichen Grundsätze anzuwenden, obwohl dieselben sich ihrer Natur und Zweckbestimmung nach hiezu nicht eignen. Wenn der Gesetzgeber dem Staate an den öffentlichen Gewässern Eigentum zugesprochen hat, so hat er damit einen Rechtssatz geschaffen, der mit den natürlichen Verhältnissen nicht im Einklange steht. Denn wie oben dargelegt wurde, zeigt das Eigentum an öffentlichen Gewässern Besonderheiten, die dem Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuches fehlen; ja diese Besonderheiten sind so gross, dass eben von einem „Eigentum“ gar nicht gesprochen werden kann. So beruht es stets unmittelbar auf dem Gesetze, tritt also ein, wo der gesetzliche Tatbestand vorhanden ist. Ferner kann sich der Staat dieses Eigentumes, solange dieser Tatbestand andauert, weder durch Veräusserungs- noch durch Belastungshandlungen ganz oder teilweise entschlagen. Das Nutzungs- oder Verfügungsrecht des Eigentümers ist hier durch die den öffentlichen Gewässern zukommende weitgehende Zweckbestimmung für den Gemeingebrauch, insbesondere für den Schiffs- und Flossverkehr, sehr erheblich eingeschränkt. Endlich gelten auch für die Streitigkeiten über das Eigentum des Staates an öffentlichen Gewässern besondere Zuständigkeitsvorschriften, insoferne über die Frage, ob und wie weit ein Gewässer dieser Art dem Eigentum unterworfen sei, nicht der bürgerliche Richter, sondern die Verwaltungsbehörde entscheidet.

[1]) Eymann a. a. O. S. 165.

Ganz anders bei dem nach Artikel 23 für den Staat an sonstigen Gewässern begründeten Privateigentume. Diese Gewässer können vom Staate im freien Rechtsverkehr ganz oder teilweise veräussert und dinglich belastet werden. Hier ist das Nutzungs- und Verfügungsrecht des Staates kraft Gesetzes nur durch die unerheblichen Gemeingebrauchsbefugnisse des Artikels 26, andererseits aber unter Umständen weitergreifend durch die Rechtsvorgänge des Verkehrslebens eingeschränkt. Hier entscheidet im Streitfall der bürgerliche Richter, ob und inwieweit dem Staate ein Eigentumsrecht zustehe.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass es im Interesse der Klarheit und Einheitlichkeit der Gesetzgebung gelegen wäre, wenn das Gesetz die Eigentumsfrage überhaupt ausgeschaltet hätte. Denn eigentlich sind ja die Rechte, welche dem Staate an den öffentlichen Gewässern zustehen, doch nichts anderes als hoheitsrechtliche Befugnisse. Die Hoheitstheorie hat trotz des Mangels, dass sie die dem Staate zweifellos in mannigfacher Beziehung zustehenden privatrechtlichen Befugnisse an den öffentlichen Gewässern nicht recht erklären kann, doch viele gute Gründe für sich. Sie entspricht auch der im gemeinen Recht herrschenden Lehre[1]) und empfiehlt sich speziell für Bayern, dessen älteres Recht zweifellos auf ihr beruht, im Interesse der historischen Kontinuität.[2])

II. Gegenstand des Eigentumes an öffentlichen Gewässern.

Der Artikel 2 des neuen Wassergesetzes sagt: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates."

Worauf erstreckt sich nun dieses Eigentum des Staates?

Nachdem das Gesetz einmal — allerdings, wie oben ausgeführt, mit Unrecht — den Eigentumsbegriff inbezug auf die

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 146, S. 632, Nr. 11.

[2]) Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht, I, S. 403, 404.

öffentlichen Gewässer anwendet, müssen wir annehmen, dass dieses sogenannte Eigentum sich auf jedes öffentliche Gewässer in seiner Gesamtheit, d. h. auf sein Bett und das darin zusammengehaltene oder fortgeleitete Wasser erstreckt.

Dieser Satz widerspricht zwar dem juristischen Eigentumsbegriffe schon aus dem einen Grunde, weil — wie oben eingehend bewiesen — ein Eigentum am fliessenden Wasser nicht möglich ist. Allein der Wortlaut des Gesetzes und die an diesen sich haltende Rechtsprechung der Gerichte zwingt uns zu diesem Ergebnis.

Bett und Wasser sind als einheitlicher, zur Gattung der Grundstücke gehöriger Gegenstand dem Staatseigentum unterworfen. Man hat, um das Staatseigentum an den öffentlichen Gewässern juristisch zu erklären und zu rechtfertigen, gesagt, der Umstand, dass der Staat Eigentümer des einen einheitlichen Begriff darstellenden Gewässers sei, habe nicht etwa ein gesondertes Eigentumsrecht des Staates auch an den darin befindlichen beweglichen Wasserbestandteilen, an der Wasserwelle, zur Folge. Man hat also die einzelne Wasserwelle in Gegensatz gestellt zu der Gesamtwassermenge und behauptet, an ersterer sei, da sie sich nach ihrer Naturbeschaffenheit der durch den Begriff des Eigentumes gegebenen allseitigen Verfügungsgewalt entziehe, ein besonderes Eigentumsrecht nicht begründet. Die Gesamtwassermenge hingegen sei recht wohl fähig, Gegenstand des Eigentumes su sein. Was bezüglich der einzelnen Wasserwelle gelte, gelte nicht schlechthin von der Gesamtwassermenge, die in jedem einzelnen Zeitteil im Flussbett enthalten ist.

Man hat dies damit begründet, dass man versuchte, die Gesamtwassermenge als körperlichen Gegenstand, also als Sache im Rechtssinne (§ 903 B. G. B.) darzustellen, indem man nachzuweisen versuchte, dass auch die Gesamtwassermenge räumlich begrenzt sei: diese Grenzen seien beim öffentlichen Flusse gegeben durch die Uferlinien. Diese Begrenzung, die jederzeit festgestellt werden könne, genüge, um das Flussbett mit der darüber hinströmenden Wassermenge als körperlichen Gegenstand, als Sache im Sinne des § 903 des Bürger-

lichen Gesetzbuches und damit als eigentumsfähig erscheinen zu lassen.

Die fliessende Wasserwelle in den öffentlichen Gewässern dagegen sei nicht als eine im Eigentum befindliche bewegliche Sache zu betrachten, welche Gegenstand eines Diebstahles im Sinne des § 242 des Strafgesetzbuches werden könne. Auch der im § 370 Ziffer 2 des Reichsstrafgesetzbuches den Grundstücken gegen Ausgrabungen und dergleichen durch Unberechtigte gegebene strafrechtliche Schutz erstreckt sich nicht auf die unbefugte Wegnahme und Ableitung des Wassers.

Dieser Versuch, die Anwendung des Eigentumsbegriffes auf die öffentlichen Gewässer zu erklären und zu rechtfertigen, muss aber unseres Erachtens als gescheitert angesehen werden.

Ebensowenig als ein Eigentum an jeder einzelnen in einem Flusse befindlichen Wasserwelle denkbar ist, ebensowenig kann von einem Eigentum an der Gesamtwassermenge, die in jedem Zeitteile in einem Flussbette enthalten ist, gesprochen werden. Wie früher bereits erörtert wurde, ist es zwar sehr wohl möglich, kleinere Wassermengen zu fangen oder sich solcher, wenn sie sich auf natürlichem Wege in geschlossenen Behältern oder Bodenvertiefungen gesammelt haben, zu bemächtigen und dieselben tatsächlich als körperliche Sachen auch der privatrechtlichen Verfügungsgewalt zu unterwerfen. Allein die Wassermenge eines Flusses oder eines Sees oder auch nur die eines kleinen Baches kann man ebensowenig privatrechtlich beherrschen wie die in diesen befindlichen einzelnen Wasserwellen. Insbesondere kann von einem Eigentum gar keine Rede sein, da die notwendige Voraussetzung des Eigentumes, der Besitz ausgeschlossen ist.

Der erwähnte Versuch ist also meines Erachtens als missglückt anzusehen, und dass er missglückt ist, beweist wiederum, wie unrecht der Gesetzgeber getan hat, wenn er den Eigentumsbegriff in das Wasserrecht hineingetragen hat.

Ebenso unrichtig ist es, wenn man behauptet, das Eigentumsrecht, das der Artikel 2 des Wassergesetzes dem Staate an den öffentlichen Gewässern zuschreibt, beziehe sich nur auf das Flussbett derselben, auf dessen festen Boden, sowie auf den Raum über und unter dem Erdkörper desselben,

nicht dagegen auf die in dem Bett sich befindende Wassermenge. Da an dieser ein Eigentum undenkbar sei, der Gesetzgeber aber vor dieser Unmöglichkeit nicht Halt gemacht, sondern auch das in seinem natürlichen Zustande befindliche Wasser als Gegenstand des Privateigentumes erklärt habe, müsse man hiefür eine Lösung suchen und diese bestehe darin, dass man annehme: „der Eigentumsbegriff ändert, durch die Macht der Verhältnisse gezwungen, seine Natur und sinkt zu einem blossen bevorrechteten Aneignungs- beziehungsweise Gebrauchsrechte herab".

Allein man kann nicht annehmen, dass der Gesetzgeber der Gesetzesanwendung zugemutet hat, dieses Aneignungs- und Gebrauchsrecht „Eigentum" zu nennen.

Vor allem aber steht dieser Auffassung der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Der Artikel 2 des Wassergesetzes sagt: „Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates". Zu einem Gewässer gehören aber nicht nur das Bett und die Ufer, sondern auch das in diesem sich befindende Wasser. Diese drei Bestandteile Wasserfluss, Bett und Ufer bilden — wie bereits oben ausgeführt — ein integrierendes und, wenn es sich um ein fliessendes Gewässer handelt, je nach seiner Grösse Strom, Fluss oder Bach benanntes untrennbares Ganzes. In diesem natürlichen Zusammengehörigkeitsverhältnis ist das Wasser als der herrschende, das Bett und die Ufer als der dienende Teil anzusehen, da letztere ja nur dazu da sind, die Wassermassen zusammenzuhalten. In dem Wasser ist der wesentliche, für den Rechtsbegriff des Ganzen entscheidende Bestandteil zu sehen, nach ihm richtet sich die Qualität der übrigen Bestandteile, es müsste denn sein, dass der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass die für das Wasser geltenden Rechtsverhältnisse für Bett oder Ufer nicht gelten sollen oder umgekehrt. Und das ist in unserem bayerischen Wassergesetze hinsichtlich des Eigentums des Staates an den öffentlichen Gewässern der Fall. Der Artikel 5 sagt: „Die Ufer der öffentlichen Flüsse gehören den Eigentümern der anliegenden Grundstücke".

Hätte der Gesetzgeber auch die Wassermenge eines öffentlichen Gewässers aus dem Eigentum des Staates aus-

geschaltet wissen wollen, so hätte er ausdrücklich eine diesbezügliche Bestimmung im Gesetz treffen müssen.

Damit ist meines Erachtens die Ansicht, das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern beziehe sich nur auf deren Bett, nicht auch auf das Wasser widerlegt.

Dadurch, dass mit dem das Wasser zusammenhaltenden Grund und Boden, dem Bette, Änderungen durch Naturvorgänge vor sich gehen oder durch künstliche Einwirkungen Änderungen vorgenommen werden, kann auch das Eigentum des Staates hinsichtlich seines Objektes eine Änderung erfahren, ja es kann, wenn die erwähnten Änderungen derart sind, dass sie dem Bette dauernd die Eigenschaft, Träger des Wassers zu sein, entziehen, unter Umständen an diesem Teile des öffentlichen Gewässers aufgehoben werden.

Die zuständige Staatsbehörde kann einzelnen Teilen des Bettes eines öffentlichen Gewässers durch Wasserbauarbeiten oder dadurch, dass sie anderen die Auffüllung für ihre Zwecke gestattet, die öffentliche Zweckbestimmung entziehen. Ja es kann eine derartige Rechtswirkung unter Umständen auch im Wege der Enteignung bewirkt werden, so wenn ein Teil des Bettes für die Ausführung einer Eisenbahn, eines Weges etc. erforderlich wird. Alsdann tritt der aus dem Zusammenhang mit dem öffentlichen Gewässer und seiner Zweckbestimmung ausgeschiedene Teil wieder in den gewöhnlichen Rechtsverkehr ein.

Die oben erwähnten Änderungen des Bettes eines öffentlichen Gewässers treten namentlich ein durch Verlandung, Verlegung des Bettes, Inselbildung und Abriss.

A. Die Verlandung.

Unter Verlandungen sind „die im unmittelbaren Zusammenhang mit den Ufergrundstücken entstehenden Trockenlegungen eines Teiles des Gewässerbettes“ zu verstehen.[1]) Sie wachsen nach Artikel 8 des Gesetzes den Eigentümern der Ufergrundstücke zu Eigentum zu.

[1]) K. Schenkel, Das badische Wasserrecht 1902, S. 194 Note 5.

Den inneren Grund dafür geben uns die Motive zum Wasserbenützungsgesetz von 1852 an:[1]) „Die Nachbarschaft eines Flusses kommt dem Uferbesitzer häufig teuer zu stehen. Er ist gezwungen, zur Erhaltung seines Eigentumes gegen die Eingriffe des Flusses das Ufer oft mit grossen Kosten zu befestigen. Ganze Grundstücke werden nicht selten vom Wasser weggespült oder gewaltsam abgerissen. Es ist deshalb billig, dass ihm hinwider als beneficium fluminis die Anschwemmung zugute komme, durch welche der Fluss das feste Land vermehrt."

Verlandungen können auf zweierlei Arten entstehen:[2]) durch Zuwachs von Bestandteilen anderer Grundstücke, welche der Fluss irgendwo weggespült hat, um sie dann an irgend einer Uferstelle abzulagern, oder durch Zurücktreten des Wassers.

Die Verlandung wird aber nicht schon mit der Tatsache der Anschwemmung oder des Zurücktretens des Wassers als bestehend erachtet. Es muss vielmehr ein Zustand geschaffen sein, der nicht nur ein vorübergehender ist, sondern nach menschlicher Voraussicht die Gewähr der Dauer in sich trägt, und dies ist der Fall, wenn das angesetzte Land mit dem bisherigen Ufer bei mittlerem Wasserstande zusammenhängt und sich auf dem angesetzten Lande Pflanzenwuchs gebildet hat.[3]) Es ist ohne Bedeutung, ob sich die Anlandungen gleichmässig oder in Zungen und Halbinseln an das Ufer ansetzen. Das Eigentum an einer Landzunge, die sich allmählich gebildet hat, steht selbst dann dem Eigentümer des Ufers zu, an welchem es sich angesetzt hat, wenn sie weiter als in die Mitte des Wasserlaufes hineinreicht oder in ihren Ausläufern in Teile des Flussbettes eingreift, welche von Grundstücken Dritter begrenzt werden.[4]) Wenn jedoch die Verlandung über das ganze Flussbett sich bis zum gegenüberliegenden Ufer erstreckt, also das ganze Flussbett trocken liegt, dann liegt überhaupt keine Verlandung im Sinne des Artikel 8 vor, sondern es greifen die Grundsätze über das verlassene Flussbett Platz, d. h. dasselbe verbleibt im Staatseigentum.[5])

[1]) Motive zum Wasserbenützungsgesetz vom Jahre 1852, S. 145.
[2]) Wassergesetz Artikel 8.
[3]) Wassergesetz Artikel 8 Absatz 2.
[4]) Meisner a. a. O. S. 202.
[5]) Wassergesetz Artikel 12.

Die Verlandung fällt dem Ufereigentümer kraft Gesetzes zu, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Es wird demselben nicht etwa nur ein zivilrechtliches Aneignungsrecht gewährt. Allein es ist unstatthaft, künstlich ein Zurücktreten des Wassers herbeizuführen, um die dadurch entstehende Alluvion zu erwerben.[1])

Die entstandene Verlandung erfordert eine Richtigstellung des Grundsteuerkatasters durch das Rentamt und auf Grund derselben eine Berichtigung des Grundbuches.

Durch Verlandung entstehen keine neuen Grundstücke. Die Verlandungen sind nicht selbständige Sachen. Die dinglichen Belastungen der Grundstücke, denen sie anwachsen, gehen von selber auf sie über. Die Last des Leinpfades geht ebenfalls von selbst auf sie über. Der besonderen Bestimmung dieser Rechtsfolge der Anwachsung im Artikel 8 Absatz 1 hätte es daher eigentlich gar nicht bedurft.

Wird die Verbindung der Verlandung mit dem Ufergrundstück wieder aufgehoben, so wird nicht auch das Eigentum an der Verlandung wieder aufgehoben. Denn die Verbindung ist nur nötig zur Entstehung, nicht auch zur Forterhaltung des Eigentumes.

Streitigkeiten, die sich aus dem Artikel 8 ergeben, werden, da es sich hier um reine Privatrechtsverhältnisse handelt, ausschliesslich vor den Zivilgerichten entschieden.

Verlandungen können, wenn die Verwaltungsbehörde das Durchstechen oder Wegräumen zur Förderung der Schiff- oder Flossfahrt oder für Zwecke der Instandhaltung der Gewässer für notwendig erachtet, entfernt werden und zwar unentgeltlich, solange das gewonnene Land noch nicht in regelmässige Kultur gesetzt ist, andernfalls nach den Bestimmungen des Zwangsenteignungsgesetzes.[2])

Von der Regel, dass Verlandungen dem Ufereigentümer rechtlich zuwachsen, sind folgende Ausnahmen gegeben:

1) Wenn sich die Verlandungen infolge künstlicher, zur Regulierung öffentlicher Flüsse oder zum Uferschutze

[1]) Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht I, S. 356.

[2]) Wassergesetz Artikel 9.

unternommener Anlagen bilden, so werden dieselben Eigentum der Unternehmer, d. h. desjenigen, welcher dieselben für seine Zwecke ausführt und in letzter Linie die wirtschaftliche und rechtliche Verantwortlichkeit für deren Ausführung trägt, also der Bauherr, nicht etwa ein mit den Arbeiten im Grossakkord betrauter Unternehmer. Dasselbe gilt von Verlandungen, welche infolge von Durchstechen in dem alten Flussbette gebildet werden.[1])

Für Verlandungen, welche infolge anderweitiger künstlicher Anlagen verursacht werden, verbleibt es bei der Regel, wonach sie den Ufergrundstücken zuwachsen.[2]) Deshalb erwirbt z. B. eine Fischereigenossenschaft, welche weiherähnliche Abteilungen im Flussbette zur Fischzucht errichtet, kein Eigentum an den Verlandungen, welche sich infolge dieser Anlage bilden.[3])

2) Der Anspruch der Ufereigentümer auf Verlandungen kann durch Rechte Dritter ausgeschlossen sein. Die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Benutzung des Wassers vom 28. Mai 1852 noch bestehenden Rechte Dritter auf Verlandungen können von dem Eigentümer der Grundstücke gegen Entschädigung abgelöst werden.

Nach Artikel 11 ist die Staatsregierung ermächtigt, die gemäss Artikel 10 dem Staate erworbenen Verlandungen, soweit nicht ihre Beibehaltung als Staatseigentum für die Zwecke der Anlagen oder aus anderen Rücksichten des Gemeinwohles notwendig erscheint, den geschädigten Eigentümern oder sonstigen Berechtigten zuzuteilen. Mit dem Zuteilungserlass des Staatsministeriums des Innern erfolgt dann der Eigentumsübergang auf letztere.[4])

B. Natürliche Veränderung des Flusslaufes.

Die natürliche Veränderung des Flusslaufes ist eigentlich nichts anderes als eine besondere Art der Verlandungen; denn es bildet sich Land infolge des Zurücktretens des Wassers.

---

[1]) Wassergesetz Artikel 10.

[2]) Vergleiche Bolze, Praxis des Reichsgerichtes, Bd. 18 Nr. 37.

[3]) Reuss, Wassergesetz, S. 41.

[4]) Vollzugsbekanntmachung zum Artikel 11 des Wassergesetzes, § 26.

Im römischen Rechte wurde deshalb auch der „alveus relictus“ den gleichen Grundsätzen unterstellt wie die alluvio, d. h. er wurde Eigentum der Angrenzer.

Anders das mittelalterliche deutsche Recht: nach ihm bleibt das verlassene Strombett im Eigentum des Reiches oder des mit der Stromhoheit vom Reiche Beliehenen.[1])

Die neuen Wassergesetzgebungen folgen teils dem römischen, teils dem deutschen Rechte.

Das neue bayerische Wassergesetz folgt dem letzteren. Es bestimmt im Artikel 12, dass, wenn infolge natürlicher Ereignisse ein öffentlicher Fluss sein Bett auf die Dauer verlassen und sich ein neues Bett oder einen Nebenarm geschaffen hat, der Staat Eigentümer des verlassenen Bettes bleibe und Eigentümer des neuen Bettes oder Nebenarmes werde. Hienach erwirbt der Staat das Eigentum an einem neuen Bette erst, wenn der Fluss das alte „auf die Dauer“ verlassen hat. Ferner muss die Veränderung des Flusslaufes eine Folge natürlicher Ereignisse sein. Jede künstliche Nachhilfe würde den Kausalzusammenhang und damit die Anwendbarkeit des Artikel 12 zerstören.

Tritt der Fluss später in sein altes Bett wieder zurück, so gilt dies als neues und es ist ein weiterer Anwendungsfall des Artikel 12 gegeben. Dass der Staat Eigentümer des neuen Flussbettes wird, ist lediglich eine Konsequenz des Artikel 2 des Wassergesetzes. Irgend ein besonderer Rechtsakt ist zu dem Eigentumserwerbe nicht notwendig; vielmehr ist mit der Vollendung des neuen Zustandes in der Natur auch der Eigentumsübergang vollendet. Das Eigentum der bisherigen Grundeigentümer und damit auch die dinglichen Rechte an den einzelnen Grundstücken, welche zum neuen Flussbette gehören, gehen unter.[2])

Bezüglich des verlassenen Flussbettes ist wie bei den in Artikel 11 behandelten künstlichen Verlandungen die Staatsregierung ermächtigt, dasselbe vor allem zum Vorteile der

[1]) Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, S. 208 ff.
[2]) Wassergesetz Artikel 12 Absatz 1.

Eigentümer der durch die Veränderung des Flusslaufes beschädigten Grundstücke zu verwenden.[1])

Eine Verpflichtung des Staates oder ein Rechtsanspruch des Geschädigten auf Verteilung des Flussbettes besteht nicht.

Nach Artikel 12 Absatz 3 geht das Eigentum am verlassenen Flussbette mit der Verfügung der Staatsregierung auf die über, denen das Land zugeteilt ist.

Da die in Artikel 12 geregelten Verhältnisse rein privatrechtlicher Natur sind, gehören etwa hierüber entstehende Streitigkeiten zur Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte. Die Zuteilung des Flussbettes dagegen ist Verwaltungssache.

C. Inseln.

Auch die Bildung von Inseln im Flusse ist nichts anderes als eine besondere Art der Verlandungen, für welche jedoch ebenso wie für das verlassene Flussbett besondere Bestimmungen getroffen sind.

Nach der Definition des Wassergesetzes sind Inseln Erderhöhungen, die sich ausser Zusammenhang mit dem festen Lande in einem öffentlichen Flusse über dem mittleren Wasserstande erheben.[2]) Stücke Landes, die durch Wassergewalt vom Ufer getrennt worden sind, sind nach Absatz 3 des Artikel 13 keine Inseln.

Bilden sich Inseln, so erwirbt an ihnen in der Regel der Staat das Eigentum. Nur infolge entgegenstehenden Herkommens oder besonderer Rechtsverhältnisse erwerben die Uferbesitzer oder Dritte an ihnen das Eigentum.[3])

Den legislatorischen Beweggrund dafür, dass entstandene Inseln in das Eigentum des Staates übergehen, finden wir in den Motiven zum Wasserbenützungsgesetz von 1852:[4]) „Der Staat, welchem es obliegt, den Lauf des Flusses für dessen dem gemeinen Gebrauch überlassenen Benutzung namentlich für die Schiff- und Flossfahrt, frei zu erhalten und zu regulieren,

[1]) Wassergesetz Artikel 12 Absatz 2.

[2]) Wassergesetz Artikel 13 Absatz 1.

[3]) Wassergesetz Artikel 13 Absatz 1.

[4]) Motive zum Wasserbenützungsgesetz von 1852, Beil. Bd. XXIII, S. 147.

kann leicht in die Lage kommen, die im Flussbett sich anlegenden Erhöhungen wieder hinwegzuschaffen. Es kann geschehen, dass solche Notwendigkeit erst hervortritt, nachdem sich bereits eine Insel in gewisser Ausdehnung gebildet hat. Haben nun die Uferbesitzer auf diese ein erworbenes Recht, so tritt dasselbe der im öffentlichen Interesse erforderlichen Massnahme hindernd entgegen."

Wenn nach Entstehung einer Insel durch allmähliche Verlandung der Zusammenhang mit einem Ufer hergestellt wird, so bleiben die Eigentumsverhältnisse an der Insel unverändert. Die Verlandung, durch welche die Verbindung der Insel mit dem Ufer hergestellt wurde, wächst teils der Insel, teils dem Ufer zu. Tritt das Zusammenwachsen durch ein Naturereignis ein, so gilt Artikel 12. Der Grund zwischen der Fluss- und der Inseluferlinie gehört also dem Staate, der aber darüber nach Artikel 12 Absatz 2 verfügen soll. Werden von der Insel Bestandteile durch einen Durchbruch losgerissen, so bleiben die bisherigen Eigentumsverhältnisse bestehen, soweit nicht Artikel 14 Anwendung findet.

Wenn ein bisheriger Teil des festen Landes durch Entstehung eines neuen Flussarmes rings vom Wasser umgeben und dadurch zur Insel wird, bleiben die Eigentumsverhältnisse ebenfalls ungeändert.[1])

Der Staat wird Eigentümer der Inseln ipso iure, ohne dass es hiezu eines besonderen Rechtsaktes bedürfte.

Nach Absatz 2 des Artikels 13 können entstandene Inseln ebenso wie künstliche Verlandungen zugunsten der geschädigten Grundeigentümer und sonstigen Berechtigten verteilt werden.[2]) Macht der Staat von der ihm eingeräumten Ermächtigung Gebrauch, so geht auch bezüglich der den einzelnen zugeteilten Teilen der Insel das Eigentum an die Bedachten mit der Zustellung des Zuteilungsbeschlusses über.

D. Abriss.

Die Landversetzungen (avulsionen), die dadurch bewirkt werden, dass ein erkennbares Stück Land durch die Gewalt

[1]) Meisner a. a. O. S. 204.

[2]) Eymann a. a. O. S. 253.

des Wassers von dem Flussufer an einen anderen Ort versetzt wird, bleiben dem bisherigen Eigentümer.[1]) Hat sich das abgerissene Land an ein fremdes Ufer angelegt, so wird dasselbe ohne jede Entschädigung Eigentum des Uferbesitzers, wenn der bisherige Eigentümer oder ein sonstiger Berechtigter nicht binnen Jahresfrist entweder gegenüber der Verwaltungsbehörde, in deren Bezirk das Landstück angelegt worden ist, die Erklärung abgegeben hat, dass er sein Recht, das angelegte Landstück von dem Ufergrundstücke wegzunehmen, geltend mache, oder die Anerkennung seines Rechtes von dem Ufereigentümer erwirkt oder hiewegen Klage erhebt. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der Abriss erfolgt ist.[2])

Hat sich dagegen das abgerissene Land ausser Zusammenhang mit einem Ufer im Flusse festgesetzt, so wird dasselbe Eigentum des Staates und zwar unter der gleichen, im Absatz I angegebenen Voraussetzung.[3])

Das Eigentum geht kraft Rechtssatzes über, sobald die Frist verstrichen ist. Solange die Frist läuft, hat der bisherige Eigentümer alle Eigentumsbefugnisse, von denen er ohne Eingriff in das Eigentum des Ufereigentümers Gebrauch machen kann. Er darf jederzeit das ihm gehörige Land wegnehmen. Wird ihm das vom Ufereigentümer verweigert, so kann er sein Eigentum durch Klage nach § 985 des B. G. B. geltend machen.[4]) Auch die dinglichen Rechte bleiben fortbestehen. Der Ufereigentümer kann nicht verlangen, dass der eigentliche Eigentümer sein Land wegnehme oder auf die Wegnahme verzichte. Hat aber der Eigentümer nach Artikel 14 Absatz 1 seine Rechte gewahrt, so kann der Ufereigentümer im Prozesswege verlangen, dass jenem eine Frist zur Entfernung des Abrisses gesetzt werde.

Ein Recht auf die Belassung am neuen Orte hat der bisherige Eigentümer nicht.

---

[1]) Wassergesetz Artikel 14.
[2]) Wassergesetz Artikel 14 Absatz 1.
[3]) Wassergesetz Artikel 14 Absatz 2.
[4]) Harster-Cassimir a. a. O. S. 83.

Inbezug auf die Abrissinsel gelten die gleichen Grundsätze. Die bisherigen Belastungen erlöschen auch hier mit dem Übergang des Eigentumes.

Eine Verwendung der Abrissinsel zum Nutzen der durch die Veränderung Geschädigten ist nicht statthaft.[1])

Streitigkeiten über die Anwendung des Artikel 14 gehören vor die ordentlichen Zivilgerichte.

Nach Artikel 15 finden die Artikel 5 bis 11 und 14 auch Anwendung auf die Ufer der in einem öffentlichen Flusse liegenden Inseln.

III. Begründung und Beendigung des Staatseigentumes an den öffentlichen Gewässern.

A. Begründung.

Das Eigentum des Staates an den schiff- und flossbaren Gewässern gründet sich, soweit diese Eigenschaft ihnen von Natur zukommt und nicht erst später durch künstliche Veranstaltungen gegeben worden ist, unmittelbar auf das Gesetz. Einer Erweiterung oder Einengung dieser Eigentumsherrschaft des Staates über die öffentlichen Gewässer infolge der vorhin besprochenen, in den Artikeln 8 - 15 des Gesetzes behandelten, tatsächlichen Vorgänge: Verlandung, Flusslaufänderung, Inselbildung und Abriss findet ebenfalls kraft Gesetzes statt.

Das Eigentumsrecht des Staates an öffentlichen Gewässern und ihren Bestandteilen kann sich aber auch auf andere Rechtsvorgänge, insbesondere auf Rechtsgeschäfte stützen, namentlich hinsichtlich der durch künstliche Veranstaltungen erst geschaffenen öffentlichen Gewässer (Kanäle) und ferner hinsichtlich der Bestandteile und Zubehörden, welche erst durch Kunstbauten mit dem öffentlichen Gewässer verbunden worden sind, z. B. der Häfen. Werden Grundstücke erst durch solche Rechtsvorgänge zu Bestandteilen oder Zubehörden öffentlicher Gewässer gemacht, so müssen diese Grundstücke, sofern sie

[1]) A. B. A. K. Seite 160.

nicht schon vorher im Eigentum des Staates oder des sonstigen Unternehmers standen, von diesem für jene Zwecke besonders erworben werden. Für einen solchen Rechtserwerb gelten dann die allgemeinen Normen des Bürgerlichen Rechtes und des Enteignungsrechtes.

Ist ein Grundstück einmal durch eine Handlung der zuständigen staatlichen Verwaltungsbehörde zum Bestandteil oder zur Zubehörde eines öffentlichen Gewässers gemacht worden, so findet gegenüber dem durch die öffentliche Zweckbestimmung begründeten Staatseigentum eine Eigentumsklage des seitherigen Eigentümers mit der Wirkung nicht mehr statt, dass das Grundstück dem Eigentümer herauszugeben ist. Der Letztere hat aber zwei Möglichkeiten: er kann entweder die Feststellung seines Eigentumsrechtes, sowie die Herausgabe für den Fall verlangen, dass die Zweckbestimmung des Grundstückes wegfallen würde, oder er kann Entschädigung für die Nachteile verlangen, die ihm aus der widerrechtlichen Einfügung seines Grundstückes in das öffentliche Gewässer entstanden sind. Es ist hiernach möglich, dass das Eigentumsrecht des früheren Eigentümers an dem betreffenden Grundstücke aufrecht erhalten bleibt. Dasselbe ist aber während der Dauer der öffentlichen Zweckbestimmung nur insoweit wirksam, als seine Ausübung mit den öffentlichen Gebrauchszwecken nicht im Widerspruche steht. Der Staat hat in solchen Fällen kein Eigentumsrecht, sondern nur ein Dienstbarkeitsrecht an dem Grundstücke.

Das Eigentumsrecht des Staates an einem Flusse kann ferner dadurch begründet werden, dass ein Fluss oder ein Teil eines solchen vom Staate oder von einem Dritten zur Schiff- oder Flossfahrt eingerichtet und dann von der Staatsregierung zum öffentlichen Flusse erklärt wird.[1])

Die Eigenschaft als öffentlicher Fluss beginnt mit dem von der Staatsregierung bezeichneten Zeitpunkte.[2]) Mit diesem Zeitpunkte treten selbsverständlich auch alle Rechtsfolgen der Öffentlichkeit des Flusses ein und damit auch das Eigentum des Staates.

[1]) Wassergesetz Artikel 4.
[2]) Wassergesetz Artikel 4 Absatz 1.

Die Umwandlung eines Privatgewässers in ein öffentliches setzt nach Artikel 4 des Wassergesetzes voraus:

1) einen Ausspruch der Staatsregierung, d. i. des Ministeriums des Innern, welches die Umwandlung verfügt oder sie einem Gesuchsteller bewilligt;

2) die Durchführung der etwa erforderlichen Enteignungen;

3) den tatsächlichen Eintritt der Benützung des Gewässers zur Schiff- und Flossfahrt.

Bezüglich der Enteignung ist Folgendes zu bemerken:

Die Entziehung des Eigentumes am Flussbette erfolgt mit dem Eintritt der öffentlichen Eigenschaft eines Gewässers und tritt ohne Entschädigung ein. Das schliesst aber nicht aus, dass in besonders gelagerten Fällen aus Billigkeitsrücksichten freiwillig Entschädigung geleistet wird. Eines Enteignungsverfahrens bedarf es hier nicht.[1])

Wird im Übrigen zur Durchführung der Umwandlung die Abtretung unbeweglichen Eigentumes oder dessen Beschwerung mit einer Dienstbarkeit notwendig, so finden hierauf nach Absatz 2 des Artikels 4 die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Enteignung Anwendung.

Anders behandelt dagegen das Gesetz diejenigen Rechtsbeeinträchtigungen, welche „die bisherige Benützung des Wassers oder des Flussbettes oder eines Teiles desselben" zum Gegenstande haben. Die Beschränkungen dieser bisherigen Benützung, welche durch die Umwandlung des Gewässers in ein öffentliches herbeigeführt werden, treten mit der Umwandlung von selbst und ohne vorgängiges Enteignungsverfahren ein. Es kann jedoch der Berechtigte, dessen bisherige Wasserbenützung gestört oder aufgehoben wird, hiefür Entschädigung fordern.[2])

Für die Feststellung der Entschädigung gelten die allgemeinen Bestimmungen des Enteignungsrechtes.

Die Bestimmungen[3]) des Artikels 4 beziehen sich nur

---

[1]) Dass dies die Meinung des Gesetzes ist, erhellt aus dem Ausschussberichte (Verh. der K. d. A. Beil. Bd. III, S. 532) und ergibt sich auch daraus, dass das Enteignungsgesetz von 1837 nur von Enteignung gegen Entschädigung handelt.

[2]) Wassergesetz Artikel 4 Absatz 3.

[3]) Eymann a. a. O. S. 191.

auf Flüsse und Flussteile, nicht auch auf sonstige Gewässer, insbesondere nicht auf Seen. Dagegen werden auch diese durch einen ihre Öffentlichkeit bezeichnenden besonderen Rechtsakt zwischen den Eigentümern und sonstigen Berechtigten einerseits und dem Staate andererseits in öffentliche umgewandelt werden können.[1]) Die Nebenarme von Flüssen, die zu öffentlichen umgewandelt werden, folgen, gleichgültig, ob sie selbst schiff- oder flossbar sind oder der Umwandlung ausdrücklich unterstellt werden, kraft Gesetzes der Eigenschaft des Hauptflusses.

Ob auch unter Altwässer „Teile eines öffentlichen Flusses" zu verstehen sind und als solche kraft dieser Eigenschaft zu öffentlichen Gewässern auf Grund des Artikel 4 werden können, ist quaestio facti. Die Frage wird zu bejahen sein, wenn solche Altwässer vom Hauptfluss aus mit einem Schifflein erreicht werden können. Ist das nicht mehr möglich, so ist eben das Altwasser ein selbständiges Gewässer und nicht mehr Bestandteil des Hauptflusses.[2])

B. Beendigung.

Das bayerische Recht kennt keine Deklassierung, d. h. es ist nach ihm unmöglich, dass durch eine Entschliessung der Staatsregierung einem Gewässer oder einer bestimmten Strecke desselben die Eigenschaft als öffentliches Gewässer entzogen wird.[3])

Flüsse, Flussteile und Nebenarme verlieren also die einmal vorhandene Eigenschaft nur dann, wenn sie aufhören, Flüsse, Flussteile oder Nebenarme zu sein.[4])

Das Erlöschen der Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers ist aber für das Staatseigentum kein Endigungsgrund. Der Flussnebenarm, der abgebaut und dadurch zum Altwasser wird und schliesslich verlandet, bleibt nach wie vor im Eigentum des Staates. Dagegen bewirkt das Erlöschen der Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers den Ein-

[1]) Seydel, Bayerisches Staatsrecht, Bd. V, S. 414.
[2]) Zweites Prot. des Aussch. d. K. d. R. R. Seite 2.
[3]) Anders z. B. das badische Wasserrecht Artikel 1 Absatz 5.
[4]) Wassergesetz Artikel 3.

tritt des Wassergrundstückes in den Rechtsverkehr und damit die Möglichkeit der Veräusserung, die vorher nicht bestanden hatte.

IV. Aus dem Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern entspringende Rechte und Pflichten.

A. Rechte.

Der Staat hat hinsichtlich der öffentlichen Gewässer grundsätzlich alle Rechte eines Eigentümers, vorbehaltlich des am Flusse bestehenden Gemeingebrauches. Jedoch kann er über die Substanz des Flusses auch vorbehaltlich des Gemeingebrauches nicht verfügen — der öffentliche Fluss ist stets und notwendig Staatsgut.[1])

Als Grundeigentümer hat der Staat das Gebrauchs- und Nutzungsrecht. Daraus folgt das Recht, sich die Erzeugnisse der öffentlichen Gewässer anzueignen. Andere bedürfen zur Entnahme von Eis, Sand, Kies, Steinen, Schlamm, Erde und Pflanzen aus dem Flussbette öffentlicher Gewässer oder zur Goldwäscherei der Erlaubnis der staatlichen Verwaltungsbehörde.[2])

Nach Artikel 26 Absatz 3 steht dem Staate nicht nur an seinen öffentlichen, sondern an allen Gewässern das Recht der Perlfischerei zu, soweit es nicht Dritten eingeräumt ist. Sie ist also, wie auch in der Begründung des Wassergesetzes (zu Artikel 26 bis 28) bemerkt ist, Regal des Staates.

Die Perlfischerei ist eine besondere Art der Wasserbenutzung und fällt nicht unter den Begriff der Fischerei im Rechtssinne. Infolgedessen ist sie auch durch § 370 Ziffer 4 des Reichsstrafgesetzbuches nicht geschützt, weshalb das Gesetz in Artikel 203 Ziffer 8 eine besondere Strafvorschrift vorgesehen hat.[3])

[1]) Oertmann a. a. O. S. 404.
[2]) Wassergesetz Artikel 26 Absatz 2.
[3]) Vergleiche Begründung des Wassergesetzes, S. 554.

Wird in einem öffentlichen Gewässer ein Schatz entdeckt und in Besitz genommen, so erwirbt das Staatsärar gemäss § 984 des B. G. B. das Eigentum zur Hälfte.[1])

Nach Artikel 4 des Fischereigesetzes ist, insoweit nicht auf besonderen Rechtsverhältnissen beruhende Rechte dritter Personen bestehen, in öffentlichen Gewässern der Staat fischereiberechtigt. Dieses Recht erstreckt sich auch auf die natürlich oder künstlich hergestellten Abzweigungen des Gewässers (Seitenarme, Kanäle, Bewässerungsgräben) in der durch die Lage und das Längeverhältnis der Hauptwasserstrecke bestimmten, räumlichen Ausdehnung.[2]) Nach Artikel 5 des Fischereigesetzes sind auch hier besondere Rechtsverhältnisse vorbehalten. Nach Artikel 1 gibt das Fischereirecht die Befugnis, in dem Gewässer Fische, Krebse und andere nutzbare Wassertiere — also auch Muscheln mit Ausnahme der Perlmuscheln — soweit diese Tiere nicht Gegenstand des Jagdrechtes sind, zu hegen und zu fangen.

In dem Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern wurzelt auch sein Jagdrecht auf diesem.[3]) Das Jagdrecht übt namens der Grundeigentümer die politische Gemeinde innerhalb ihres Bezirkes aus.[4]) Flüsse und Bäche unterbrechen nach Artikel 2 Absatz 2 des Jagdgesetzes nicht die Kontinuität des Jagdbezirkes. Wenn das Gewässer einen zusammenhängenden Grundbesitz von einer im Gesetze genau bestimmten Grösse darstellt, ist das Staatsärar zur Selbstausübung der Jagd auf dieser Fläche berechtigt.[5]) Insoweit die politische Gemeinde das Jagdrecht ausübt, hat der Fiskus gegen diese einen verwaltungsrechtlichen Anspruch auf den treffenden, mangels einer Übereinkunft nach der Tagwerkszahl der Grundstücke zu berechnenden Anteil am Jagdpachtschilling.

Das Recht des Staates auf die durch Veränderungen am oder im Flussbett entstehenden

[1]) Harster-Cassimir a. a. O. S. 23.
[2]) Harster-Cassimir a. a. O. S. 24.
[3]) Jagdgesetz vom 30. März 1850, Artikel 1.
[4]) Jagdgesetz, Artikel 4.
[5]) Jagdgesetz, Artikel 2 Ziffer 3 und 4.

Grundstücke oder Grundstücksteile ist ebenfalls eine Folge seines Eigentumes am Gewässer. Hierüber ist oben bereits gesprochen worden.

Der Staat hat alle Rechtsschutzmittel des Eigentümers. Insbesondere kann er gegen Überschreitungen des Gemeingebrauches, Ausübung der Jagd und Fischerei auf den öffentlichen Gewässern mit der Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria) vorgehen.[1]) Dieselbe steht ihm auch, wenn durch Fabriken oder sonstige Anlagen das Wasser ungebührlich verunreinigt wird, nicht minder zur Beseitigung unberechtigt hergestellter Anlagen an oder in einem öffentlichen Gewässer zu. Er kann gegebenen Falles auch auf Schadenersatz klagen.

Die Eintragung des Eigentumes im Grundbuche ist weder notwendig noch üblich.[2]) Die öffentlichen Gewässer erhalten vielmehr ein Grundbuchblatt nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist der Eigentümer, der Inhaber eines eintragungsfähigen Rechtes am Gewässer oder eines Rechtes an einem solchen Rechte und endlich jeder, der auf Grund eines gegen den Staat als Eigentümer gerichteten vollstreckbaren Titels in Ansehung des Gewässers eine Eintragung im Grundbuch verlangen kann.[3])

Die rechtsgeschäftliche Begründung eines Rechtes an einem öffentlichen Gewässer setzt in der Regel das Bestehen eines Grundbuchblattes für dieses voraus. Der Eigentümer müsste also vor der Belastung die Anlegung eines Grundbuchblattes und seine Eintragung als Eigentümer erwirken.

Allein dies gilt nicht für den gerade bei den öffentlichen Gewässern wichtigsten Fall der Begründung einer Dienstbarkeit am Wassergrundstück. Hier ist nach Artikel 84 des Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche die Anlegung eines Grundbuchblattes nicht nötig. Die Einigung des Bestellers und des Erwerbers darüber, dass das Wassergrundstück mit der Dienstbarkeit belastet werden soll, ist er-

[1]) Bürgerliches Gesetzbuch § 1004.

[2]) Grundbuchordnung § 90.

[3]) Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheines vom 27. Februar 1905, § 504.

forderlich und genügend. Die Erklärung des Bestellers muss öffentlich beurkundet oder in öffentlich-beglaubigter Form abgegeben werden.

Die Anlegung eines Grundbuchblattes bei der Veräusserung kommt insofern nicht in Frage, als die öffentlichen Gewässer als solche unveräusserlich sind. Dagegen müssen Grundstücke, die nach ihrer Ausscheidung aus dem Gewässer ihres Charakters als Bestandteile des öffentlichen Gewässers entkleidet werden, aber als res fisci gleichwohl noch buchungsfrei sind, vor der Veräusserung ein Grundbuchblatt erhalten.[1])

Wenn für ein öffentliches Gewässer ein Grundbuchblatt angelegt ist, so kann der Eigentümer jederzeit die Ausbuchung verlangen, wenn nicht eine Eintragung besteht, von der sein Eigentumsrecht betroffen wird, z. B. ein Fischereirecht.[2])

B. Pflichten.

Andererseits obliegen dem Staate auch Verpflichtungen des Eigentümers. Er haftet auf Grund des § 823 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn er durch seine öffentlichen Gewässer fremde Rechtsgüter schuldhaft verletzt. Bei Kanälen insbesondere ist er auch dafür verantwortlich, wenn durch sogenannte Ausschwitzungen oder sonstwie benachbarte Grundstücke Schaden leiden, soferne er entsprechende Abwehrmassregeln hätte treffen können.[3])

Der Staat hat ferner bis zu einem gewissen Grade die Instandhaltungspflicht der öffentlichen Gewässer.

Diese ist zwischen Staat und Kreisgemeinden geteilt. Der Schutz und die Unterhaltung der Ufer ist mit einigen Ausnahmen Kreislast.[4])

Dem Staate obliegt: Die Reinigung und Räumung des Flussschlauches, sowie die Freihaltung der Ufer,[5]) die

[1]) Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheines vom 27. Februar 1905, § 505 ff.

[2]) Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheines vom 27. Februar 1905, § 507.

[3]) So ein O. A. G. E. vom 20. Oktober 1856, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 22, S. 86, bei Beschädigungen durch den Ludwigskanal.

[4]) Wassergesetz Artikel 92.

[5]) Wassergesetz Artikel 91, 85 I.

Herstellung und Unterhaltung von Flussregulierungen,[1]) die Herstellung und Unterhaltung von Hochwasserdämmen[2]) und die Instandhaltung der Kanäle.[3])

Näher auf diese einzelnen Verpflichtungen einzugehen, würde zu weit führen. Es ist nur kurz die Frage zu berühren, welche rechtliche Natur die genannten Verpflichtungen haben.

Es handelt sich hier nicht um erzwingbare Privatrechtspflichten des Staates, auf deren Erfüllung etwaigen Beteiligten ein Rechtsanspruch zustände, noch auch um erzwingbare verwaltungsrechtliche Verbindlichkeiten, sondern um sogenannte Regiminalaufgaben, wie sie die Begründung des Gesetzes auf Seite 565 nennt, d. h. um Aufgaben, für deren Erfüllung der Staat die moralische Verantwortung trägt, aber rechtlich nicht haftbar gemacht werden kann. Wenn die Staatsbehörden oder der Landtag die Durchführung solcher Instandhaltungsmassnahmen ablehnen, so gibt es hiergegen keinerlei Rechtsmittel. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Staat den Schaden, den er etwa durch Vernachlässigung seiner Instandhaltungspflicht Dritten zufügt, nicht ersetzen müsste. Wenn auch die Instandhaltung nicht erzwungen werden kann, so sind doch die Artikel 91 ff., soweit sie die Instandhaltungspflicht des Staates (oder der Kreisgemeinden) begründen, Schutzgesetze im Sinne von § 823 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches, die nicht ungestraft verletzt werden dürfen.

V. Beschränkungen des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

Die privatrechtliche Befugnis des Staates, über die öffentlichen Gewässer als Eigentümer nach Belieben zu verfügen und andere von der Einwirkung auf sie auszuschliessen, ist durch eine Anzahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Beschränkungen eingeengt. Dass diese Beschränkungen neben anderen Momenten die Anwendbarkeit

[1]) Wassergesetz Artikel 93.
[2]) Wassergesetz Artikel 94.
[3]) Wassergesetz Artikel 96.

des Begriffes „Eigentum“ auf öffentliche Gewässer ausschliessen, ist oben bereits erörtert worden.

Hinsichtlich der öffentlichen Gewässer ist im Gesetze festgestellt, dass ihnen in erster Linie eine öffentliche oder doch gemeinwirtschaftliche Zweckbestimmung zukommt und die privatwirtschaftliche Herrschaftsbefugnis des Eigentümers nur insoweit ausgeübt werden soll, als nach Erfüllung jener Zweckbestimmung dafür Raum bleibt. Es sollen daher Staat und Gemeinde ihr Eigentumsrecht in erster Linie nach der Richtung ausüben, dass die Erfüllung jener gemeinschaftlichen Zwecke gesichert bleibt und erst in zweiter Linie davon für die eigenen privatwirtschaftlichen Zwecke Gebrauch machen. Und zwar besteht die Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer darin, dass sie einerseits dem öffentlichen Verkehr der Schiff- und Flossfahrt, andererseits dem sogenannten Gemeingebrauch dienen.

A. Privatrechtliche Beschränkungen.

1) Das dem Staate an den öffentlichen Gewässern zustehende Eigentum kann im Wege privatrechtlichen Rechtsgeschäftes nicht auf andere übertragen werden.

Solange das Gewässer ein öffentliches ist, muss es nach Artikel 2 des Wassergesetzes im Eigentum des Staates stehen, und nach Artikel 3 behält wenigstens ein Fluss, Flussteil oder Flussnebenarm die Eigenschaft eines öffentlichen Gewässers auch dann noch, wenn die Voraussetzungen der Begründung dieser Eigenschaft, das Dienen zur Schiff- und Flossfahrt, weggefallen sind.

Nach § 1 Absatz 5 des badischen Wassergesetzes ist der badischen obersten Staatsbehörde das Recht eingeräumt, einem öffentlichen Gewässer oder einem Teile eines solchen in Zukunft die Zweckbestimmung für den Gemeingebrauch und damit die Eigenschaft als öffentliches Gewässer oder Bestandteil eines solchen zu entziehen und damit dem freien Rechtsverkehre zu übergeben. Eine derartige allgemeine Bestimmung enthält das bayerische Wassergesetz nicht. Vielmehr steht in Bayern dieses Recht der Staatsregierung nur zu hinsichtlich der geschlossenen Gewässer (Seen, Teiche, Weiher, Kanäle).

2) Durch Artikel 207 des Wassergesetzes sind die beim Inkrafttreten des Wassergesetzes bestehenden, auf Privatrechtstiteln beruhenden Eigentums-, Nutzungs- und sonstigen Rechte an den Gewässern (also auch an den öffentlichen) aufrecht erhalten. Eine Neubelastung der öffentlichen Gewässer mit derartigen Rechten ist weder durch die Natur der Sache, noch durch eine besondere Rechtsvorschrift, wie sie z. B. Artikel 5 des badischen Wassergesetzes enthält, ausgeschlossen. Solche Belastungen sind jedoch nur insoweit zulässig, als der Staat als Eigentümer in seiner Verfügung frei ist. Ebenso sind Belastungen unzulässig, wenn sie mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer sich nicht vereinbaren lassen.

Für die Neubegründung dinglicher Rechte an öffentlichen Gewässern gilt, da das Wassergesetz keine besonderen Bestimmungen vorschreibt, das Bürgerliche Gesetzbuch.

B. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen.

Eine bedeutende Beschränkung in ihrem Eigentum haben die einzelnen Bundesstaaten durch Artikel 54 Absatz 4 der Reichsverfassung erfahren. Darnach dürfen auf allen natürlichen Wasserstrassen des Reiches Abgaben nur erhoben werden für die Benützung besonderer Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehres bestimmt sind. Diese Abgaben dürfen die zur Unterhaltung und gewöhnlichen Herstellung der Anstalten und Anlagen erforderlichen Kosten nicht übersteigen. Auch auf die Flösserei auf schiffbaren Wasserstrassen finden diese Bestimmungen Anwendung. Ebenso dürfen gemäss § 1 des Reichsgesetzes über die Abgaben von der Flösserei vom 1. Juni 1870 auf den nur flössbaren Strecken diejenigen natürlichen Wasserstrassen, welche mehreren Bundesstaaten gemeinsam sind, von der Flösserei mit verbundenen Hölzern Abgaben nur für die Benützung besonderer, zur Erleichterung des Verkehres bestimmter Anstalten erhoben werden. Dadurch sind die einzelnen Staaten verpflichtet, das ihnen zustehende Flusseigentum dem Schiffs- und Flossverkehr unentgeltlich zu überlassen. Benutzungsgebühren, die rein auf die Tatsache der Befahrung des Flusses sich stützen, Wasserzölle, dürfen nicht erhoben werden.

Eine sehr einschneidende Beschränkung des staatlichen Eigentumes an den öffentlichen Gewässern bedeutet endlich der Gemeingebrauch.

Da das Bestehen des Gemeingebrauches an den öffentlichen Gewässern zu jenen Tatsachen zählt, die meines Erachtens in erster Linie die Anwendbarkeit des Eigentumsbegriffes auf die öffentlichen Gewässer ausschliessen, erscheint eine nähere Betrachtung dieses Rechtsverhältnisses, über dessen rechtliche Natur eine Unsicherheit und Unklarheit herrscht, wie kaum über ein anderes Rechtsverhältnis, als unbedingt notwendig.

Im allgemeinen ist unter „Gemeingebrauch" die jedermann zustehende Benützung des Wassers zu verstehen, und zwar ohne dass hiezu eine besondere Erlaubnis erforderlich wäre.[1])

Diesen allgemeinen Begriff des Gemeingebrauches hat das bayerische Wassergesetz teils erweitert, teils eingeschränkt.

Der Absatz 1 des Artikel 26 enthält die sogenannten „kleinen Wassernutzungen", die wir als „eigentlichen Gemeingebrauch" bezeichnen können. Nach ihm ist in den öffentlichen Gewässern der Gebrauch des Wassers durch Schöpfen mit Handgefässen, zum Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen, sowie zur Eisbahn jedem gestattet, soweit es ohne rechtswidrige Benützung fremder Grundstücke geschehen kann.

Der Absatz 2 des Artikel 26 zählt diejenigen Wassernutzungen auf, die unter dem Namen „beschränkter Gemeingebrauch" zusammengefasst werden können.

„Zur Entnahme von Eis, Sand, Kies, Steinen, Schlamm, Erde und Pflanzen aus dem Flussbett öffentlicher Gewässer, sowie der im Eigentum des Staates stehenden Privatflüsse und Bäche, ferner zur Goldwäscherei in solchen ist vorbehaltlich besonderer Berechtigungen die Erlaubnis der Verwaltungsbehörde erforderlich etc."

Daraus, dass das Gesetz die einzelnen unter den Gemeingebrauch fallenden Benutzungsarten speziell aufgezählt hat, ist zu schliessen, dass diese Aufzählung eine erschöpfende ist.

[1]) Eymann a. a. O. S. 356.

Der Gemeingebrauch darf nur in der Weise ausgeübt werden, dass dadurch der Gemeingebrauch anderer oder die besonderen Rechte Dritter nicht gefährdet oder ausgeschlossen werden.[1])

Welches ist nun die rechtliche Natur des Gemeingebrauches?

Ist der Gemeingebrauch ein Privatrecht, eventuell ein persönliches oder ein sachliches, oder ist er ein öffentliches Recht? Alle diese Annahmen finden in der Doktrin ihre Vertreter.

Unter den Schriftstellern, welche eine privatrechtliche Natur des Gemeingebrauchsrechtes annehmen, ist zunächst Ubbelohde zu nennen. Nach ihm ist das allgemeine Gebrauchsrecht an öffentlichen Sachen aus einem publizistischen Recht ein „dingliches", einem servitutischen Nutzungsrechte sehr ähnliches Recht im gemeinen Rechte geworden.[2]) Ebenso kontruiert Bekker[3]) das Recht auf Gemeingebrauch als ein „dingliches Recht besonderer Art", wobei er sich allerdings ausdrücklich dagegen verwahrt, rückwärts von der Klage auf das Wesen des zugrunde liegenden Rechtes zu schliessen. Dabei unterscheidet er von dem subjektiven Gemeingebrauchsrecht die Summe dieser Einzelrechte, die zusammengenommen eine Beschränkung des Eigentumes an den öffentlichen Sachen bilden. Diese Last des Gemeingebrauchsrechtes ist aber eine „rein objektive Gebundenheit", da es an einem Subjekt mangelt, welches das Gesamtrecht geltend machen kann; es ist ein subjektloses Recht.[4])

Das subjektive Recht des Gemeingebrauches erklärt er für ein dingliches Recht, das durch die Unmöglichkeit seines Erwerbes, Verlustes und seiner Übertragung zu einem Rechte besonderer Art gestempelt wird. Ihm gilt es als ein Recht von Geldwert, aber nicht als Vermögensrecht. In letzterem liegt ein richtiges Moment zur Charakterisierung des Rechtes. Da es jedem ohne Weiteres zusteht, ist es verkehrsunfähig

[1]) Wassergesetz, Artikel 27.
[2]) Ubbelohde a. a. O. S. 174.
[3]) Bekker, Pandekten I, S. 382, 343.
[4]) Bekker, Pandekten I, S. 336, 338 Note g.

und hat daher auch keinen Tauschwert, vielmehr nur einen individuellen Wert.

Der energischste Verteidiger der Ansicht, dass es sich beim Gemeingebrauch um ein Recht an der Sache handle, tritt uns in Jhering entgegen.[1])

Auch für ihn bildet der Gemeingebrauch eine Abnormität. Seine Konstruktion des Gemeingebrauches als eines dinglichen Rechtes, eines Rechtes an der Sache, ist ihm aber nur dadurch möglich, dass er eine besondere Rubrik für das Sachenrecht schafft, weil es in allen wesentlichen Merkmalen von den übrigen dinglichen Rechten abweicht.

Regelsberger[2]) sieht in dem Recht auf den Gemeingebrauch ebenfalls ein Privatrecht, und zwar ein dingliches Recht „eigener Natur".

Diese „eigene Natur", die auch er an dem angeblichen Privatrecht anerkennen muss und die es in einen Gegensatz zu allen Privatrechten schlechthin stellt, ist eben die publizistische Seite dieses Rechtes. Allein er lehnt es mit Entschiedenheit ab, dasselbe in das öffentlich-rechtliche Gebiet zu verweisen, weil die „Schwierigkeiten"[3]) dadurch nur vergrössert würden. Was er jedoch als Merkmale dieses Rechtes bezeichnet, spricht gegen ihn selbst und charakterisiert dieses Recht als ein öffentliches. Der Gemeingebrauch kann kein Privatrecht sein, weil ihm die notwendigsten Erfordernisse zu einem solchen fehlen, nämlich die Beziehung zwischen einem bestimmten berechtigten Subjekt und einem Objekt, ferner die Möglichkeit der Ausschliessung anderer Privatrechtssubjekte und endlich die Möglichkeit der Aberkennung beziehungsweise des Unterganges dieses Rechtes.

So verneinen denn auch gewichtige Autoren wie Brinz,[4])

---

[1]) Jhering, Geist des römischen Rechtes, Bd. III, 1 S. 349.

[2]) Regelsberger, Pandekten I, S. 421.

[3]) Regelsberger, Pandekten I, S. 426.

[4]) Brinz, Pandekten, § 328: „Wie Luft und Licht durch die Natur, so auch gewisse Teile des Bodens durch rechtliche Verfügung als etwas für alle Notwendiges, das sie nicht blos haben dürfen, sondern haben müssen und was also zu ihrem Sein selbst gehört."

Sarwey,[1]) Mayer[2]) und andere[3]) die Privatrechtsnatur des Gemeingebrauches und rechnen ihn zu den subjektiven öffentlichen Rechten, d. h. solchen Rechten, welche ihren Grund in der Persönlichkeit des einzelnen als wirtschaftliches Glied haben, welche den einzelnen nicht als solchen mit einer Herrschaft ausstatten, sondern ihm in seiner Eigenschaft als Glied eines öffentlichen Gemeinwesens zukommen.

Von der Ansicht ausgehend, dass das Wasser der öffentlichen Gewässer einen innerhalb der durch Privat- und öffentliches Recht gezogenen Schranken jedermann zugänglichen Naturschatz darstelle, hat das Gesetz bestimmte Nutzungen der öffentlichen Gewässer allen gestattet. Der Allgemeinheit ist damit gegenüber den am Wasserlauf Eigentums- und Benutzungsberechtigten ein Anspruch darauf eingeräumt, dass diese sich, soweit der Gemeingebrauch reicht, eine Einschränkung ihrer Herrschaftsgewalt über das Gewässer gefallen lassen müssen.

Während der Gemeingebrauch nach dieser Seite durch feste Rechtsschranken eingegrenzt ist, wird die Ordnung unter denjenigen, welche innerhalb dieser Schranken den Gemeingebrauch ausüben wollen, nach freiem Ermessen durch die Verwaltungsbehörde aufrecht erhalten. Hiebei ist das Gesetz von dem Gesichtspunkt ausgegangen, dass die unbeschränkte Ausnützung des Wassers und seiner Kräfte durch jedermann nicht eine vollkommen unwirtschaftliche Verschwendung im Gefolge haben darf und dass in erster Linie dem sich aus der Hauptbestimmung der Gewässer ergebenden Nutzungszwecke zur Verwirklichung geholfen werden muss und die Nutzungen des Gemeingebrauches nur insoweit Platz greifen dürfen, als nicht jene Hauptzwecke wesentlich darunter leiden. Diese der Handlungsfreiheit des Einzelnen gezogenen Schranken sind also aus öffentlich-rechtlichen Gründen geschaffen und ge-

[1]) Sarwey, Öffentliches Recht, S. 429.

[2]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 111: „Es ist ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, mit welcher der Mensch in unserer bürgerlichen Gesellschaft der öffentlichen Gewalt wie den Menschen gegenüber ausgestattet erscheint."

[3]) Peyrer, Österreichisches Wasserrecht, S. 225; Gerber, Deutsches Privatrecht, S. 194; Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 193.

hören dem öffentlich-rechtlichen Gebiete an. Es ist deshalb auch ihre Aufhebung eine auf diesem Gebiete gelegene Massnahme und deshalb müssen auch die darauf sich gründenden Rechte und Pflichten öffentlich-rechtlicher Natur sein. Dadurch erweist sich das Recht des Gemeingebrauches als ein öffentliches Recht, das dem Gebiete des Zivilrechtes entzogen ist, soferne nicht etwa die Inanspruchnahme fremden Grundeigentumes in Frage steht.

VI. Zuständigkeit zur Entscheidung über die Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Gewässer.

Streitigkeiten über die Frage, ob ein Gewässer ein öffentliches ist, sind gemäss Artikel 177 lit. a des Wassergesetzes Verwaltungsrechtssachen. Damit ist vor allem gesagt, dass dieser Streit nicht nur als Inzidentpunkt in einem anderen Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, Zivil- oder Verwaltungsgerichten, sondern auch für sich allein als Hauptfrage Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung sein kann. Für die Austragung dieses Streites sind die Verwaltungsgerichte ausschliesslich zuständig. In dieser ausschliesslichen Zuständigkeit zur Entscheidung über die öffentliche Natur eines Gewässers liegt unter gewissen Voraussetzungen aber auch die Befugnis zur Entscheidung über das Eigentum. Denn wenn die ausschliesslich zuständige Verwaltungsrechtsinstanz das Gewässer für ein öffentliches erklärt, bleibt, da nach Artikel 2 des Wassergesetzes alle öffentlichen Gewässer Staatseigentum sind, dem Zivilrichter nichts übrig, als das Eigentum des Staates anzuerkennen. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes nach Artikel 177 lit. a ist also, obschon das im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, auch für den Zivilrichter bindend schon wegen des inneren Zusammenhanges des Streitpunktes mit der Eigentumsfrage (Artikel 1 und 2 des Wassergesetzes). Daraus folgt aber, dass der Zivilrichter, wenn in einem Rechtsstreite die Frage der öffentlichen Natur eines Gewässers auftaucht, nicht entscheiden kann und dass er den § 148 der Zivilprozessordnung nicht nach Belieben

anwenden darf, sondern dass er von der Befugnis, den Zivilrechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsrechtsstreites nach Artikel 177 lit. a des Wassergesetzes auszusetzen, Gebrauch machen muss.

Anderer Meinung ist Eymann,[1]) der sagt, Streitigkeiten über das Eigentum an Gewässern seien selbstverständlich zivilrechtlicher Natur und seien daher vor den Zivilgerichten auszutragen. Ergebe sich anlässlich eines Zivilprozesses ein Streit über die Öffentlichkeit eines Gewässers, so sei derselbe vom Zivilrichter incidenter zu entscheiden. Auch der Verwaltungsrichter könne diese Frage, wenn sie im Verlaufe eines Verwaltungsrechtsstreites auftauche, incidenter behandeln. Wenn dagegen die Frage in einem Verwaltungsverfahren streitig werde, dann müsse sie zur präjudiziellen Entscheidung vor den Verwaltungsrichter verwiesen werden.

Diese Ansicht Eymanns kann jedoch wegen des oben erörterten innigen Zusammenhanges der Artikel 1 und 2 des Wassergesetzes nicht als richtig anerkannt werden und auch deswegen nicht, weil sich sonst der Fall ergeben könnte, dass das Eigentum an einem auf Grund des Artikel 177 des Wassergesetzes im Verwaltungsrechtsverfahren für öffentlich erklärten Gewässer im Zivilrechtsstreite dem Staate nicht zugesprochen würde und es infolgedessen fraglich wäre, welche von beiden Entscheidungen Rechtswirkungen äussert.

[1]) Eymann a. a. O., Anmerkungen 1c und 15 zu Artikel 1, 1 zu Artikel 2.